

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA CAPACITÉ

DES

PERSONNES ATTEINTES D'ALIÉNATION MENTALE

EN DROIT ROMAIN

DU FLAGRANT DÉLIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le vendredi 20 décembre, à 1 heure

PAR

SEMELAIGUE

Président : M. ESMEIN, *professeur.*

Suffragants { MM GÉRARDIN, *professeur.*
GIRARD, *professeur.*
PLANIOL, *professeur.*

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

1895



THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA CAPACITÉ

DES

PERSONNES ATTEINTES D'ALIÉNATION MENTALE

EN DROIT ROMAIN

DU FLAGRANT DÉLIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le vendredi 20 décembre, à 1 heure

PAR

SEMELAIGUE

Président : M. ESMEIN, *professeur.*

Suffragants { MM. GÉRARDIN, *professeur.*
GIRARD, *professeur.*
PLANIOL, *professeur.*

PARIS,

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

1893



DE LA CAPACITÉ

DES

PERSONNES ATTEINTES D'ALIÉNATION MENTALE

EN DROIT ROMAIN

1^o De l'aliénation mentale en général. — Influence des doctrines médicales de la Grèce sur le système romain. — Du *Furiosus* et du *Demens* en matière de curatelle.

2^o De la curatelle. — A qui était déférée la curatelle. — Formes et conditions. Cessation de la curatelle.

3^o Incapacités du fou au point de vue du mariage, de la puissance paternelle, de la puissance du maître, de la possession et de la propriété, du testament. — De l'irresponsabilité du fou.

« *Mentis alienatio*, dit Festus, *est cum mens ex potestate absit, vel aliena sit.* » L'individu atteint d'aliénation mentale est celui qui n'a ni la direction ni la responsabilité de sa volonté ; par conséquent, il est, de ce fait, incapable de diriger ses affaires, ne pouvant se diriger lui-même, et il faut lui substituer un homme sain d'esprit, curateur (1) ou tuteur effectif, qui le remplacera et agira en son lieu et place (2).

De tout temps, les législateurs ont eu la conception du besoin absolu de cette substitution, et à Rome peut-être plus que partout ailleurs ; mais le principe dont la mise en pratique a abouti à l'institution de la curatelle (3), (institution dont nous parlerons tout à l'heure à propos de la classification des genres de folies et sur le point spécial de savoir si elle a été restreinte au *furiosus* ou étendue au de-

1. Ulp. loi pr. D. 27, 10.

2. Loi 14. D., *de off. præs.* 1, 17.

3. Gérardin (*Tut. et cur.*, *Cours de Pandectes*, 1891-92).

mens) avait d'abord pour principe la sauvegarde des intérêts et des biens par rapport aux parents, et ce n'est que plus tard que l'intérêt de l'aliéné lui-même est entré en ligne de compte (1).

Dans le droit Romain, comme d'ailleurs dans tous les droits anciens, on distinguait plusieurs genres de folie, sans avoir cependant la notion exactement précise des caractères de ces différents genres ; et souvent, des termes créés pour désigner ces caractères sont employés indistinctement pour exprimer le même état ; mais cette confusion fréquente au début tend insensiblement à s'effacer et avec la progression de l'esprit juridique la netteté des règles tend à s'affirmer de plus en plus.

L'essentiel pour nous est la constatation de l'existence du principe de protection vis-à-vis des biens et de la personne de l'aliéné. C'est ce qui fera l'objet de notre étude, d'abord dans les premiers âges de Rome, avec l'influence des éléments étrangers et transfusions de races, ensuite quand le droit romain est devenu une véritable science juridique.

Dans l'antiquité, la folie (2) sembla d'abord être

1. L. 1 princ. D. *de legit. tutor.* XXVI. 4 ; Gaius, 1,142.

2. Audibert ; *Folie et prodigalité en d. rom.*, t. I, p. 40.

considérée comme une maladie qui avait quelque chose de divin : les fous, étant égarés, paraissant vivre dans un autre monde et en dehors de l'existence normale, furent, en vertu des tendances à voir en tout l'intervention des divinités, regardés comme des êtres surnaturels ou plutôt possédés par des génies malfaisants. Aussi les entourait-on d'une sorte de crainte respectueuse, et, ne prévoyant pas qu'il pût y avoir un lien entre l'état physique et le moral que celui-ci pût se ressentir de l'état maladif (1) de celui-là, c'étaient les prêtres qui leur servaient de médecins.

Avec Hippocrate (2), l'idée commença à se faire jour que la folie pouvait être traitée par certains remèdes, et, suivant la légende, il aurait guéri, au cours de ses pérégrinations, Perdricas II de Macédoine qui se mourait d'une mélancolie amoureuse ; s'assimilant les théories de Pythagore qui comparait les âges aux saisons, adoptant la philosophie de Socrate et de Platon, Hippocrate reproduit et précise ces idées : « pour lui la chaleur innée diminue progressivement dans les êtres vivants. — Si l'enfant est l'image du printemps et le jeune homme de l'été, il compare l'homme fait à l'automne et le vieillard à

1. Cicéron : *De di. v.*, I, 31, 61.

2. Audibert : *Furor et dementia*, t. I, chap. I n° IX.

l'hiver. — De cette corrélation mystérieuse entre les évolutions régulières de la nature et les phases changeantes de la vie humaine, Hyppocrate déduit divers ordres de maladies. Tout, à ses yeux, dépend de la loi des climats, la conformation physique comme les dispositions morales. — Les conditions propres à un pays décideraient suivant lui du courage, de la vertu, de l'intelligence, de la sagesse de ses habitants, sans en excepter même l'amour de la liberté. »

Le cerveau, dans le traité de la maladie sacrée, est envisagé comme le siège des fonctions intellectuelles. Cette opinion était aussi celle de Platon qui regardait l'âme résidant dans cette organe comme immortelle.

La doctrine de Platon sur la folie se trouve du reste exposée dans le *Phèdre* : « Il y a, répond Socrate à son interlocuteur, deux espèces de délire : l'un causé par des maladies humaines, l'autre par une inspiration qui nous fait sortir de notre état habituel. » Ce dernier délire était subdivisé par Socrate en quatre variétés rapportées chacune à une divinité. Quant au délire causé par des maladies humaines, Platon fait tout remonter aux humeurs : ainsi pour lui « la folie, telle que l'on comprend cette affection de nos jours, ne serait en fin de compte,

que la conséquence d'une mauvaise constitution du corps (1).

Et de là, classification des particularités que l'on retrouvait le plus fréquemment : de la manie, de la mélancolie (2), de la lycanthropie, de l'érotomanie, hypocondrie, épilepsie, etc... C'est de la Grèce, après les victoires de Lucullus, de Pompée en Grèce et en Asie, que la médecine, de concert avec la littérature et la philosophie, passe à Rome, et toutes les théories, acceptées chez les vaincus, s'imposent bientôt chez les vainqueurs. Alors, sur ce point de la folie, des distinctions juridiques prennent naissance, et la loi va s'occuper sérieusement de créer une réglementation répondant, autant qu'il se peut, aux exigences et aux besoins de la civilisation. Au cours de l'étude de cette réglementation, nous verrons l'influence qu'ont pu avoir les doctrines médicales dont il vient d'être question, et dans quelle mesure elles peuvent intervenir au sujet de la discussion du système romain.

Ce système romain, organisé pour la protection des fous, est d'une très grande simplicité. Il repose sur ce fait qu'une personne dépourvue d'intelligence et de volonté est dans l'impossibilité de faire aucun

1. Audibert, d. I. *Folie* t. 1 ch. 1. n° IX.

2. Audibert, dr. romain *Furor et dementia*, t. I ch. I n° IX.

acte juridique ; l'incapacité du fou n'a pas d'autre base : d'où il résulte qu'elle commence avec la folie et qu'elle disparaît avec elle, pour toujours ou temporairement, suivant que la guérison est définitive ou momentanée. — C'est une incapacité naturelle, résultant de l'état maladif dans lequel se trouve la personne atteinte. — La loi n'y ajoute rien, elle ne met pas le fou en état d'interdiction ; elle se contente de lui donner des curateurs qui prendront soin de sa personne, administreront ses biens et dont les pouvoirs cesseront dès que la folie prendra fin (1).

C'est déjà là une caractéristique de la façon dont le légiste Romain considérait la folie, voyant en elle, comme il a été dit, une sorte de maladie qui affectait l'esprit et rendait le malade incapable d'agir « avec responsabilité et utilité », comme une maladie physique empêche d'agir par la partie du corps qui en est frappée.

Comment classait-on donc à Rome les diverses spécialités de folies reconnues par le droit ?

Il y en avait le *furiosus* (2), le *demens*, le *mente captus* (3), l'*insanus*, le *non compos mentis*, le *lunaticus*, le *fanaticus*, le *freneticus*, le *melancholicus*, le *fatuus*, tous termes qui représentaient, sauf certains à pro-

1. Audibert, *furor et dement.* t. 1 chap. 1.

2. Audibert, t. 1 p. 17.

3. Paul, *sent.* III, 4 § 11.

pos desquels nous allons revenir, tantôt le même état d'esprit, tantôt servaient à distinguer les catégories de gens frappés de folie.

Les uns, comme *insanus*, *mentis alienatio*, *non suæ mentis*, *non compos mentis* sont des termes généraux exprimant simplement l'idée de folie et ne contenant aucune allusion aux distinctions à faire entre les diverses maladies mentales.

Les autres, comme *lunaticus*, *fanaticus*, désignent des états particuliers : le *lunaticus* aura périodiquement des accès de folie et des retours de raison, suivant le cours des révolutions lunaires ; le *fanaticus* est emporté comme les prêtres de certaines divinités par un délire religieux. — Le *fatuus* est celui qui, sans être privé de raison, est faible d'esprit, celui qui pousse la sottise à un degré tout à fait exceptionnel ; mais les expressions propres que nous trouvons dans les auteurs, expressions génériques et qui caractérisent l'aliéné, sont *furiosus*, *demens*, *mente captus*.

Nous allons étudier ces divers titres et voir, à ce sujet, les particularités de la curatelle.

Du *furiosus* et du *demens*.

Le texte des douze tables qui appelait les agnats

et les gentils à la curatelle du fou était ainsi conçu : *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto* (1).

« La loi ne parlait que du *furiosus*. Or nous venons de voir qu'il y avait des aliénés d'une autre sorte, les *dementes* ou *mente capti*. La curatelle légitime ne pouvait pas leur être imposée, et ils demeurèrent sans protection jusqu'au jour où fut créée la curatelle dative. — Mais d'abord, quelle différence exacte y avait-il entre le *furiosus* et le *demens*?

On doit reconnaître qu'ils ne sont pas toujours pris dans le même sens. Ils ont une acception étroite et une acception large.

Il y a certains textes où *mente captus* fait évidemment antithèse à *furiosus*, chacun de ces mots désignant une espèce particulière d'aliénés. C'est d'abord le passage des Institutes où Justinien, après avoir parlé de la curatelle du *furiosus*, seule fondée sur la loi des douze Tables, mentionne la curatelle du *mente captus* : « *sed et mente captis, et surdis et mutis* » « *et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.* »

Le mot *demens* opposé au mot *furiosus*, se prend aussi dans un sens étroit. *Furiosus aut demens, furor aut dementia*. Cette antithèse qu'on relève dans plu-

1. Cicéron, *de invent.*, II. 50 148 (Audibert : *furor et dementia*).

siieurs passages du Digeste et du Code, vise manifestement deux états d'esprit différents, dont chacun constitue une forme de l'aliénation mentale. Il est important de constater que, dans cette acception, le mot *demens* est synonyme de *mente captus*.

Il y a, d'autre part, un grand nombre de textes, juridiques ou autres, où les mots *furiosus*, *demens*, *mente captus* ne font plus antithèse, mais s'emploient indifféremment l'un pour l'autre, de telle sorte que chacun paraît convenir à tous les genres de folie.

Mais quelle est vraiment la forme de folie que le droit romain désignait sous les appellations de *furor* et de *dementia* ?

Le mot *furor* signifie proprement inspiration divine : il rappelle cette intervention des dieux par laquelle les anciens expliquaient les perturbations mentales, il n'exprime en aucune manière ce que nous entendons aujourd'hui par fureur ou agitation. De nombreux textes caractérisent l'état du *furiosus*, en disant qu'il ne comprend rien, qu'il n'a pas de volonté, qu'il ne peut donner de consentement ni faire aucun acte juridique, qu'il est dans un état de torpeur, *languor animi*, qu'on peut le comparer à un *infans*, à un homme endormi, à un absent, à un mort ; et toutes ces propositions conviennent aussi bien, sinon mieux, au fou dont le cerveau ne fonc-

tionne pas qu'à celui qui se fait remarquer par le désordre et l'incohérence des idées.

Quant aux mots *dementia*, *demens*, ils font songer à une aberration des facultés mentales, mais ne contiennent pas d'allusion à l'absence totale plutôt qu'à l'extravagance de la pensée. Il ne faut donc pas rattacher la diversité de ces expressions au caractère plus ou moins violent des manifestations de la folie.

Il n'y a pas davantage, dans les mots *furor* et *dementia* (1), quoi que ce soit qui exprime l'antithèse de la continuité ou d'intervalles lucides, car plusieurs textes juridiques démontrent que la folie du *furiosus* pouvait être permanente et celle du *demens* traversée par des intervalles de raison.

Une autre solution, qui semble présenter le plus de garanties non seulement de certitude, mais encore de vraisemblance, est celle où l'on considère le *demens* comme moins gravement atteint que le *furiosus*. « Le *furiosus*, dit-on, est absolument privé d'intelligence, c'est un fou ; c'est de lui que les jurisconsultes disent : « *non intelligit quod agit, nullum sensum habet* ». Le *demens*, au contraire, conserve la faculté de comprendre, mais à un degré infime, c'est un faible d'esprit. On ne peut pas dire qu'il n'ait pas de volonté ; il peut donner son assentiment à un acte ;

1. Audibert (dr. romain, *Folie*), t. I, ch. I, p. 13-17.

mais il commet de lourdes bévues, il cède à des motifs qui seraient sans action sur un homme doué de bon sens, il prend des décisions déraisonnables par lesquelles il se nuit à lui-même. C'est un sot, d'une sottise exceptionnelle, et qui ne manquera pas de se ruiner. La loi doit-elle venir à son secours ? Les décevirs ne le pensèrent pas. Ils estimèrent qu'il suffisait d'être pourvu d'intelligence, bien qu'à un très faible degré, pour être naturellement capable d'agir et que la loi devait respecter cette capacité naturelle. Ils n'admirent d'exception à ce principe que lorsqu'il s'agissait d'un prodigue, et c'était, dans bien des cas, un secours dont la faiblesse d'esprit profitait, car il n'est pas rare qu'elle soit la compagne de la prodigalité. Le préteur alla plus loin ; il étendit sa protection sur les faibles d'esprit, alors même qu'ils n'étaient pas à proprement parler des prodigues. C'est pour eux qu'il créa la curatelle du *demens* (1), sur laquelle nous allons revenir dans un instant.

Mais, malgré la parfaite admissibilité de cette théorie, malgré l'existence certaine d'une curatelle d'active des esprits faibles, ce n'est incontestablement pas encore cette curatelle qu'on appelle *cura dementis* ou *cura mente capti* (2) ?

1. Audibert, dr. romain (*Folie*) t. I, ch. I, p. 12.

2. Audibert, *idem.* (*Curatelle du furiosus*).

Le véritable nom du faible d'esprit est *fatuus* ; quant au *demens* ou *mente captus*, ce n'est pas un faible d'esprit, c'est un fou. Les noms qu'il porte n'expriment pas la faiblesse mais l'aberration des facultés mentales.

Donc, ici encore, nous n'avons pas le critérium pour caractériser définitivement cette éternelle division, *furor et dementia*, et il nous faut remonter à l'évolution de la folie, au point de vue de la compréhension qu'en ont eu les Romains, pour arriver logiquement à une solution vraie.

Reportons-nous aux anciens temps de Rome, à l'époque où la médecine s'exerçait dans les temples et se confondait avec le culte des divinités médicales. La folie était alors, plus que toute autre maladie, rattachée à l'influence divine. Elle passait pour un fait d'ordre surnaturel ; le fou était un possédé(1) ; les diverses sortes d'aliénés portaient alors les noms mêmes des divinités qui les tourmentaient, *furiosi*, *ceriti*, *larvati*, *lymphati*..., pour indiquer qu'ils étaient possédés par les furies, par Cérès, par les Larves.... c'est la plus ancienne classification des maladies mentales : et des différents noms donnés, celui de *furiosus* devint générique et adopté par la loi des douze tables. *Furor*, *appellatus cum et cor-*

1. Audibert, t. I. ch. 1. n° IX.-XI.

pore animus abstractus divino instinctu conciliatur (1).

Le fou est donc celui qui est possédé, et une telle conception de la folie ne permettait de considérer comme fous que ceux qui avaient totalement perdu la raison. S'il est vrai que, dans le fou, il y ait une divinité et que toutes les paroles qu'il semble prononcer, tous les gestes qu'il semble faire, émanent d'elle, il en résulte nécessairement que son intelligence et sa volonté ne sont plus rien, qu'elles sont comme anéanties sous la domination du dieu. Aussi considéra-t-on le fou comme un être en qui la raison avait complètement disparu. Dans les bizarreries et les extravagances des monomanes, on ne vit pas la folie, par le fait qu'on ne pouvait y voir la possession.

Avec la civilisation grecque, les anciennes croyances déclinerent, et la médecine, dont nous avons parlé, avec Hippocrate, s'inculqua insensiblement dans les mœurs des vainqueurs, amenant à l'explication de la folie par des causes naturelles, servant de base à une science des maladies mentales, qui parvint à des résultats très remarquables comme méthode d'observations. De plus, il faut évidemment considérer les mœurs nouvelles qui s'introduisirent dans Rome, l'emportement de tout un

1. Cicéron, *de div.*, I § 31 et 61.

peuple vers un luxe effrené et une civilisation raffinée jusqu'aux plus extrêmes limites, et il faut en conclure avec M. Audibert (1), que la mentalité publique doit forcément en subir le contre-coup avec l'accroissement inévitable des maladies cérébrales. On comprendra que le préteur ait apprécié alors, mieux qu'il n'avait pu le faire jusque là, la diversité des formes que l'aliénation mentale est susceptible de revêtir, on comprendra qu'il ait jugé trop étroite l'ancienne conception de la folie et qu'il ait été amené par les nécessités pratiques, à la compléter, conformément aux enseignements de la philosophie et de la science.

La loi ne protégeait que les fous totalement privés de raison ; le préteur osa donner des curateurs pour cause de démence, alors que la raison n'avait pas complètement disparu (2). C'est ainsi que s'explique la réforme prétorienne, ce sont les fous atteints de folie partielle, les monomanes en proie à quelque idée fixe, qui furent secourus sous le nom de *dementes* ou *mente capti*.

Donc, enfin, et pour conclure, le *furiosus* est privé de raison en tout et pour tout ; c'est ce que dit Ju-

1. Audibert : dr. romain (*furor et dementia*) t. I. chap. I no IX. IX.

2. Ulp. Reg., XII. § 2.

lien en termes très catégoriques : « *Nec aliud quidquam agere intelligitur, cum per omnia et in omnibus absentis vel quiescendis loco habentur* (1) ».

Le *demens* est le monomane, atteint d'une folie partielle, ainsi d'ailleurs que le définit Isidore de Séville, dans un passage de ses Différences : « Il ne faut pas confondre, dit-il, les mots *amens* et *demens* ; *amens* est celui qui est complètement privé de raison, *demens* celui qui, malgré sa folie, conserve une parcelle d'intelligence. « *Demens partem retinet, dictus quasi deminutia parte mentis* ».

C'est là encore la manière de voir exprimée par Celse, celle que la jurisprudence Romaine a adoptée.

Nous en aurions fini sur ce point, s'il ne nous restait à préciser une question, dont il a été dit un mot en passant, celle de la curatelle, suivant qu'elles s'adapte au *furiosus* ou au *demens*, et nous arriverons ensuite à l'étude proprement dite de cette curatelle.

« Les deux genres de folie, dont il vient d'être parlé, entraînaient, l'une et l'autre, l'ouverture de la curatelle (2). Les parents, les amis du *furiosus* ou du *demens* présentaient une demande au préteur, et

1. Dig. liv. 29 tit. 7 loi 2 § 3.

2. Audibert : « *Furor et dementia* » p. 62, dr. romain. t. I.

celui-ci vérifiait l'état mental du prétendu fou : s'il constatait la fureur, il déclarait que la curatelle (1) appartenait aux agnats conformément à la loi ; s'il reconnaissait qu'il y avait seulement démence, il procédait lui-même à la nomination du curateur. Mais dans tous les cas la curatelle s'ouvrait ».

1. Accarias, Précis de dr. romain, t. I. p. 372-374.

II. — De la curatelle

1° Les dispositions que la loi romaine a établies concernant la curatelle sont une preuve venant à l'appui de notre dire, que les aliénés étaient entourés à Rome d'une protection étroite, autant dans l'intérêt de leurs biens que dans l'intérêt de leurs personnes, contrairement à ce qui existait aux époques primitives où l'individu ne comptant guère, les droits étant à la fois collectifs et individuels, les curateurs étaient considérés et nommés comme protecteurs des biens seulement et surtout de ces biens, regardés comme faisant partie du patrimoine de la famille (1); c'est en s'inspirant de cette idée qu'on a dit qu'à leurs débuts, la tutelle et la curatelle avaient été des droits pour les tuteurs et non pas des charges (2).

Ulpien à propos de la Curatelle rappelle le passage qui reste de la loi des douze Tables « *Lex duodecim*

1. Gérardin : de la tutelle et de la curatelle dans le dr. romain.

2. Ortolan : dr. romain, t. 2. 12^e édit. p. 711-715.

Tabularum furiosum itemque prodigum cui bonis interdictum est in curatione jubet esse agnatorum(1). D'autre part, les Institutes de Justinien s'expriment ainsi :
« *dantur autem curatores ab eisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur ; datus tamen confirmatur decreto prætoris et præsidii* (2). Et plus loin :

« *furiosi quoque et prodigi, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum ; sed solent Romæ præfectus urbis vel prætor, et in prominiis præsides ex inquisitione eis curatores dare. Sed et mente captis, et surdis et mutis et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.*

La curatelle est donc une charge publique établie dans le but de protéger ceux qui ne sont pas du tout ou qui sont imparfaitement capables de se protéger eux-mêmes.

En ce qui concerne le *demens*, il n'était nullement nécessaire, pour que la curatelle s'ouvrît, que le *demens* y consentît. Il est vrai qu'à Rome pourtant, une personne atteinte d'une maladie incurable ou

1. Ulp. rég. t. XII § 2,

2. Inst. liv. I tit. 23 § 1.

3. Audibert, de la curatelle du *furiosus*, page 63.

d'une infirmité qui la rendait impropre à l'administration de ses biens, pouvait s'adresser elle-même au magistrat pour obtenir la nomination d'un curateur (1) ; mais le *demens* était un fou ; ce qui le caractérisait, tout comme le *furiosus*, c'était l'absence de volonté raisonnable, et l'on ne s'expliquerait certainement pas que la protection qui lui était accordée eût été subordonnée à la condition d'une demande formée par lui-même. D'ailleurs, l'assimilation constante que font les textes entre le *furiosus* et le *demens* ne permet pas de supposer qu'il y ait eu, à cet égard, quelque différence entre les deux curatelles (2).

Mais, en dehors de ce premier point, quelles règles spéciales y eut-il au sujet du *demens* ? Car, puisqu'une protection nouvelle était accordée au *demens*, il paraît logique que des particularités aient pris naissance dans les formalités nécessaires à cette protection. De plus, le *furiosus* était frappé, tant que durait sa folie, d'une incapacité complète. Quand il revenait à la raison et même pendant les intervalles lucides, il recouvrait la capacité et la curatelle prenait-elle fin ? — l'état particulier du *demens*,

1. Dig., XVII tit. 40, passim.

2. Audibert, *furor et dementia*, t. I. (Curatelle du *furiosus* et du *demens*).

étant intermédiaire entre la folie et la raison, comportait-il l'application de ce principe ?

Le fou n'était incapable qu'autant qu'il était privé de raison, d'où l'on concluait qu'il était absolument incapable tant que durait sa folie ; mais qu'en recouvrant sa raison, il redevenait de nouveau capable d'agir : par conséquent, le fou atteint d'une folie partielle, conservait sa capacité dans la mesure où il avait encore l'usage de ses facultés, il pouvait valablement agir, pourvu qu'il ne fût pas sous l'influence de la folie. Lorsque le *demens* n'est pas en proie à son idée fixe, à la monomanie, il est dans un moment de lucidité, et par conséquent sa capacité doit être entière.

Mais, en ce qui concerne la cessation de la curatelle par le fait même de la cessation de la folie, il semble qu'il y a là impossibilité au point de vue du *demens*, celui-ci étant à moitié raisonnable, et à moitié fou ; si la parcelle de raison qu'il conserve suffisait à mettre fin aux pouvoirs du curateur, toute curatelle pour lui deviendrait évidemment impossible.

Et cependant, comment admettre d'un autre côté qu'un fou, même *demens*, puisse être forcé d'agir avec l'aide de son curateur ou plutôt conserve même ce curateur, si temporairement sa folie n'existe plus ?

La question est délicate et difficile à résoudre,

Justinien dit simplement : « *antiquitas disputabat utrumque in mediis furoris intervallis permaneret eis curatoris intercessio* »... Faut-il entendre par là que le curateur conservait le droit de gérer, ou qu'il continuait seulement d'être investi d'un titre jusqu'au jour où l'intervalle lucide ayant pris fin, il pouvait reprendre la gestion ?

La solution qui paraît devoir s'imposer est celle-ci (1) :

Y avait-il des raisons très sérieuses de croire qu'il n'aurait pas été possible de reconnaître au curateur le pouvoir de gérer pendant les intervalles lucides ; une telle doctrine n'eût été ni logiquement, ni pratiquement admissible. Elle est d'abord incompatible avec le principe incontestable qui faisait cesser l'incapacité du fou en même temps que sa déraison.

D'autre part, on a toujours admis que la guérison du fou mettait fin à la curatelle ; or l'intervalle lucide est une sorte de guérison temporaire, et il n'est guère croyable que des jurisconsultes aient pu avoir la pensée de subordonner le maintien ou la cessation des pouvoirs du curateur à la question de savoir si le fou était définitivement guéri ou s'il traversait seulement un intervalle lucide. Comment savoir, lorsque le fou recouvre l'usage de ses facultés, s'il a

1. Code V, tit. 70, loi 6.

2, Audibert, de la *furor* et t. 1, Ch. 4, n° IX-XII, *dementia*.

pour toujours échappé à la folie ou s'il doit y retomber, dans un temps plus ou moins long ?

La solution à admettre serait donc que le curateur conservât provisoirement son titre, afin de pouvoir reprendre effectivement l'exercice de ses fonctions, dans le cas où la folie viendrait encore à se déclarer.

On peut conclure que la condition du *furiosus* et du *demens* fut régie par les mêmes principes en ce qui concerne soit l'incapacité du fou, soit la durée des pouvoirs du curateur. On reconnut d'abord que l'incapacité, ne venant que de la privation de la raison, elle disparaissait quand la raison revenait ; on finit par reconnaître aussi, que, dans les deux cas de *furor* et de *dementia*, la curatelle devait être maintenue, malgré les manifestations de la raison qui pouvaient encore se produire, jusqu'au jour où la guérison serait complète.

Il restait toutefois une différence essentielle : la curatelle (1) du *furiosus* était en principe légitime, et par conséquent déférée aux agnats. La curatelle du *demens* était dative. Mais on peut admettre que, dans le dernier état du droit, la curatelle légitime a dis-

1. Audibert, t. I, *furor* et *dementia*, Chap. de la curatelle du *furiosus* et du *demens*,

paru, et que la nomination des curateurs appartient toujours au magistrat (1).

Ainsi, les deux systèmes organisés par le prêteur pour la protection de la folie, suivant son caractère, ont fini par se confondre, et sous Justinien, il n'y a presque plus d'intérêt, peut-on dire, à les distinguer ? C'est sans doute aussi là qu'il faut trouver la raison de la difficulté qu'il y a eu à acquérir une donnée précise sur la distinction entre le *furiosus* et le *demens*, qui, après avoir désigné des états complètement spéciaux, finissent par ne faire qu'un et à ne plus présenter la moindre différence.

2° *A qui était déférée la curatelle ?* « La curatelle des aliénés était soumise aux règles relatives à la tutelle et à la curatelle ordinaires (2). Tout citoyen majeur de vingt-cinq ans pouvait être appelé à la curatelle de l'aliéné, sauf les causes d'incapacité, d'exclusion ou d'excuse admises par la loi.

Mais le fils pouvait-il être curateur de son père aliéné (3) ? de sa mère ?

Les avis sont partagés ; les uns, comme Ulpien et Paul, soutiennent l'affirmative, estimant avec rai-

1. Ortolan, *dr. rom.* t. 2. 12^e édit. p. 740-743.

2. Ulp. loi 1. § 4 *de tut. et cur.* ; 26. 5, loi 1 § 1, au D. *de cur. fur.* 27-10.

3. Ulp. loi 4 D. *de cur. fur.* 27-40.

son, semble-t-il, que nul ne prendra plus de soin du malade ; d'autres, comme Celse, et la plupart des auteurs sont de cette dernière opinion, soutiennent la négative, la curatelle du père donnée au fils leur paraissant un attentat à la puissance paternelle ?

3° A. La première des formalités exigées pour la nomination du curateur était la *creatio curatoris*, imposée à la mère de l'aliéné, sous peine de perdre tout droit à l'hérédité de son fils (1) ; au fils de l'aliéné, qui encourait la même déchéance, au profit de l'étranger, qui, après l'avoir averti, s'était chargé de garder le fou ; aux affranchis de l'aliéné (2), qui encouraient des peines s'ils ne remplissaient pas leur devoir ; mais, à défaut de ces personnes qui avaient un devoir à remplir, d'autres pouvaient agir : c'étaient les parents, les alliés, les amis ; et, si personne ne se trouvait qui pût faire cette demande, on accordait ce droit aux créanciers de l'aliéné, qui avaient évidemment un intérêt matériel à ce que les biens du fou soient sauvegardés.

En dernier lieu, les décurions, les magistrats, on le sait, pouvaient donner d'office un curateur.

Le magistrat, mis en demeure, devait d'abord

1. Loi 6, § 12. D. *Qui pet. tut.* 26-6.

2. Const. 2 C. *Qui pet. tut.* 5. 31,

faire une enquête sur l'état mental de l'individu, et ensuite procéder à la *creatio curatoris* (1) proprement dite, c'est-à-dire à la nomination solennelle du curateur choisi.

B. Le curateur élu devait, avant d'entrer en fonction, donner caution, comme garantie de l'intégrité et de l'utilité de sa gestion au mieux des intérêts à lui confiés (2), à moins toutefois qu'il n'ait été désigné par le testament du père de famille ou qu'il ne présente une solvabilité absolument suffisante pour faire face à toute éventualité de réparations nécessaires, si le cas se présentait.

Si le curateur refusait de fournir caution, ses biens pouvaient être saisis. — Le préteur pouvait aussi procéder à la nomination d'un nouveau curateur.

En outre, le curateur devait prêter serment et fournir un inventaire public de tous les biens de l'aliéné (3). Le défaut d'inventaire exposait le curateur à être écarté comme suspect, et le montant des valeurs dont il était comptable pouvait être déterminé sous la foi du serment, par le fou revenu à la raison.

1. Loi 6 D. *De curat. fur.* 27-10.

2. Const. 7 § 5. C. *De curat. fur.* 5. 70.

3. Const. 7 § 6. C. *de cur. fur.* 5. 70.

Enfin l'aliéné avait une hypothèque générale, depuis Justinien, sur tous les biens personnels du curateur.

C. Outre l'administration des biens du fou, le curateur avait encore à veiller sur sa personne, à se préoccuper de son entretien, même de sa guérison, témoin le devoir du curateur, dans le cas où il s'aperçoit par exemple que le mari n'a pas pour sa femme aliénée les soins et les égards qui lui sont dus, de s'adresser au magistrat pour l'y contraindre; (1) on peut voir d'ailleurs cette espèce à propos du mariage. Quant à l'administration, la règle était qu'il pouvait faire tous les actes de pure administration, (2) comme s'il était véritablement le maître; il était, en outre, obligé pour mettre sa responsabilité à couvert, de poursuivre en justice la rescision des contrats passés avant sa nomination par le fou, et qui tournaient à son préjudice.

Comme disposition, il est évident qu'à titre gratuit le curateur ne devait pas disposer des biens de l'aliéné; pourtant il eut la latitude de certaines libéralités quand l'intérêt du fou l'exigeait; à titre onéreux, le curateur agnat le put à l'origine, mais sous Justinien, il n'y eut plus que la possibilité des

1. Ulp. loi 22 §8. D. *solutio matrim.* 24. 3.

2. Loi 12. D. de cur. fur. 27. 10.

aliénations de meubles de peu de valeur, et même, dans l'aliénation des biens avec autorité du magistrat, le contrat n'était pas toujours valable si les héritiers pouvaient prouver, par exemple, que le magistrat avait été induit en erreur, et, dans ce cas, ils avaient une action personnelle contre le curateur et une action réelle contre le détenteur de la chose.

Il pouvait arriver qu'il y eût plusieurs curateurs, soit que la gestion fût divisée entre eux, soit que l'un fût désigné pour gérer, et, dans ce dernier cas, ils étaient solidairement responsables, bien que subsidiairement.

D. La curatelle se terminait soit par la disparition de la folie, soit par la mort du curateur, la *maxima et media capitis deminutio* ; (1) par la destitution du curateur (*crimen suspecti*) (2) les actions, *utilis negotiorum gestorum directa et... contraria*(3) prenaient alors naissance l'un pour le fou, l'autre pour le curateur.

1. Inst. 1,20 §2.

2. Cons. 7 §10 C. de curat.fur. 570.

3. Loi 4 § 3. D. *tut et rat.* 27. 3.

III

Des incapacités.

D'après la loi Romaine, l'incapacité du fou, nous l'avons dit au début, est purement naturelle et résulte uniquement de l'état de faiblesse absolue de l'esprit et de l'intelligence. — L'aliéné, qu'il ait un curateur ou qu'il n'en ait pas, (1) agissant dans un moment de non lucidité, faisait un acte forcément nul, puisque sa volonté était réputée disparue et sa responsabilité n'existant plus à partir de l'instant où il est devenu fou. La difficulté est justement de savoir deviner cet instant précis ; si au contraire, il agit dans un moment de lucidité, toutes les conséquences de ses actes, quelque importants qu'ils soient, ont leur pleine efficacité, la guérison, bien que momentanée étant complète, et le fou étant considéré, pendant toute la durée de l'intervalle lucide, comme un homme jouissant de la plénitude de

1. Accarias, de la curatelle, p. 167, t. I

ses facultés, *tempore dilucidi intervalli, furiosus sanis comparatur*. Ce n'est donc pas dans l'intervention de la sentence qui déclare l'incapacité que réside le principe de cette même incapacité ; la sentence n'est que la constatation juridique d'un état existant, en vue duquel certaines précautions doivent être prises et dont l'existence officiellement établie entraînera certains effets prévus ; mais, une fois le jugement intervenu, il y aura une forte présomption que tous les actes postérieurs sont nuls comme ayant été faits sous l'influence de la folie, présomption qui ne sera détruite que par la démonstration qu'au moment où les actes ont été faits, le fou avait récupéré intacte sa raison « *praesumitur semper furiosus, qui semel furiosus fuit. . . .* »

L'état juridique de l'aliéné est pleinement modifié et nous allons envisager dans quelles situations il pourra se trouver et quelle application l'on aura à faire des principes de la matière.

I. *Du furiosus et du demens, au point de vue du mariage*

1° Le texte des douze Tables, qui appelait les agnats et les gentils à la curatelle du fou, ne prévoyait pas les particularités qui se présenteraient

en matière du mariage. (1) Le lien conjugal à Rome n'avait pas seulement pour fin le devoir envers les enfants, il avait en vue le bonheur des époux. De là la possibilité de le dissoudre, quand la vie commune devenait impossible ou à charge. Mais c'était surtout un contrat, se formant par le consentement des parties suivies de la tradition ; comme tout ce qui a été lié, disait-on, il peut se dissoudre.

Comme les fiançailles reposaient sur le libre consentement des parties, il est clair que les fous ne pouvaient se fiancer, puisqu'ils ne pouvaient consentir.

A Rome, avant de conclure le mariage, les futurs conjoints se liaient par une convention appelée fiançailles, *sponsalia* (2); cet engagement n'était pas définitif, les parties pouvaient encore refuser de se marier, mais celle qui ne tenait pas sa parole était alors condamnée par le juge à des dommages-intérêts.

Les fiançailles étaient soumises aux mêmes conditions que les noces ; si la folie survenait après, elle ne les annulait pas : « *postea interveniens sponsalia non infirmat* » (3).

1. Ortolan (App. Labbé)t. II 12^e édition, 99-102.

2. Ortolan (Append. Labbé), t. II, p. 83, n^o 102.

3. Gaïus, loi 8. D. *de spons*, 23, 1.

Le fou ne pouvait pas davantage se marier : « *furiosus contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est* ».

Mais la folie survenant après le mariage n'était pas une cause de nullité, elle pouvait être une cause de divorce.

2° Le divorce (*divortium* (1), *repudium*) remonte, d'après les historiens, à l'origine de Rome et il fut admis dans les douze tables, dont, du reste, les dispositions textuelles à cet égard nous sont demeurées inconnues.

Le divorce pouvait avoir lieu soit par le consentement des deux époux (*bona gratia* (2)), soit par la volonté d'un seul. En ce qui concerne le premier cas, Justinien lui-même dit qu'il n'y a pas à s'en occuper, parce que les conventions des parties leur servent de règles, *pactis causam sicut utrique placuit gubernantibus* (3).

Quant au second, il fallait que la femme ou le mari qui voulait répudier son conjoint, s'appuyât sur un des motifs qui avaient été fixés, pour la première fois, par Théodose et Valentinien ; le divorce fait sans cause exposait celui des époux qui l'avait

1. Ortolan, (t. 2 12^e édit. — *législ. romain.*), p. 97.

2. C. 5. 17. 9.

3. Nov. 22. c. 4.

provoqué à des peines, consistant surtout dans la perte de certains droits pécuniaires.

L'intervention d'aucun magistrat c'était nécessaire pour opérer le *repudium*, mais il ne pouvait se faire qu'en la présence de sept témoins et après que l'un des époux avait envoyé à l'autre l'acte de répudiation (1).

Or, en ce qui regarde le fou, il est certain que le divorce ne pouvait pas avoir lieu *bona gratia*, puisque le fou ne peut consentir ; mais au point de vue de la répudiation ?

3° Si le fou est *sui juris*, il ne peut envoyer ce *repudium* (2) à son conjoint, parce qu'il est incapable de volonté libre, et le mariage ne peut être dissous d'aucune manière, parce que le droit de répudiation étant absolument attaché à la personne, le curateur spécial ne peut l'exercer pour le fou.

Si le fou marié est *alieni juris* (3), le divorce peut être prononcé, car, dans l'ancien droit, le père de famille a le pouvoir de dissoudre à son gré le mariage de son fils. Ce pouvoir fut restreint par des constitutions d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle, qui

1. Ortolan (Append. Labbé) (12^e édit.), t. II, mariage et p. 99 du divorce.

2. Loi 9. D. *De divort.*, 24. 2.

3. Paul, Sent., 4, 6 § 15. *Const.* 4, c. *De repud.*

ne le reconnurent au père de famille que pour des motifs graves et, entre autres cas, celui de folie.

4^o Ulpien nous enseigne que le père pouvait certainement dissoudre le mariage de sa fille folle, et il avait intérêt à agir ainsi, afin de reprendre la dot que le mari pourrait dissiper (1). D'autre part, le curateur spécial ou les cognats de la femme folle pouvaient, à défaut du père, s'adresser au juge compétent afin qu'il contraignît le mari à donner à sa femme des aliments et des soins en rapport avec sa dot.

Le père de famille pouvait, à la dissolution du mariage, agir *de dote* (2), et, n'étant pas par le fait même de la folie de sa fille, contredit par elle, le défaut de contradiction valait consentement.

Ulpien, du reste, suit en ce sens, précisément pour le cas de folie, l'opinion de Julien *quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem* (3).

C'est ainsi qu'on voit apparaître l'action *rei uxoriæ*.

C'est le père, avons-nous vu, qui a cette action : « *Quod si in potestate patris sit, pater adjuncta filiae persona habet actionem rei uxoriæ ; nec interest adventitia sit dos an profectitia* » (4).

1. Loi 22 § 8 et 9, D. *sol. matrim.*, 24, 3).

2. Ulp. loi 2 § 2, D. *sol. matrim.*, 24, 3).

3. Ulp. loi 2 § 2 ; D. *sol. matrim.* 24, 3.

4. Pandect. Cours de Gerardin sur le divorce et la dot.

Et, comme nous venons de le remarquer, le défaut de réponse de la fille équivaut au consentement, *adjuncta filiae persona*.

5° En ce qui concerne le conjoint du fou, la folie est bien, à l'époque classique, une cause de divorce ; il peut répudier son conjoint aliéné et la répudiation produit son effet. Seulement, lorsque le motif n'est pas sérieux, le conjoint du fou est puni de son ingratitude.

Plus tard, la distinction admise par le droit classique fut abandonnée, et, parmi les causes de divorce, on comprit d'une façon générale la maladie.

Après des fluctuations de rigueur et de tolérance, l'empereur Léon décida que la folie serait une cause de dissolution du mariage, à condition que depuis trois années la femme (1) soit insensée et, en ce qui touche le mari, ces trois années de folie sont portées à cinq (2).

La folie fut donc, malgré tout, à Rome, une cause primordiale de dissolution du mariage.

II. — *De la puissance paternelle.*

1° Du mariage, par une association d'idées toute na-

1. *Corpus juris. Leonis Const. Nov. 111.*

2. *Nov. 112.*

turelle, l'on est amené à envisager la puissance paternelle et les effets qu'elle ressent de l'état de folie.

Le père même fou, conservait la puissance paternelle et cela, dit Ulpien, ne peut faire aucun doute, *nequaquam dubitandum est, remanere liberos in potestate* (1), c'est ainsi que tout profit fait par le fils revenait au père, que le père de famille pouvait être tenu *de peculio* (2) des obligations du fils, lorsqu'il lui avait constitué un pécule avant l'apparition de la folie.

Mais, pourtant, il devait forcément y avoir des exceptions à ce principe, et il est bien évident que, dans les cas où une manifestation de volonté était nécessaire, le père fou ne pouvait pas exercer sa puissance (3).

2° Ainsi, en principe, le consentement du père était exigé pour le mariage ; en cas de folie, le père, ne pouvant pas donner son consentement, la loi autorisait le fils à s'en passer, ne voulant pas qu'une formalité pût devenir un obstacle impossible à franchir.

A défaut du père, on se contentait alors du con-

1. Ulp. loi 8. *pr.* D. *De his qui sui vel*, 1. 6.

2. Loi 7 § 1. D. *de pecul.*, 15, 1.

3. Gaïus, II, § 87. Contrà : Marcien, loi 52 *pr.* ; D. *De acq. vel omitt. her.*, 29, 2.

sentement du grand père, *si pater furit et avus sapiat sufficit avi voluntas* (1) et il arrivait même que l'on ait recours à l'empereur comme étant le père de tout son peuple, ceci étant contesté seulement au cas où le père avait des intervalles lucides.

3° Quant à la dot, c'est le curateur qui supplée le père ; mais elle n'en conserve pas moins son caractère de dot profectice. En outre, pour protéger le patrimoine du fou, Justinien décida que le quantum de cette dot ou de la donation serait fixé par le préfet à Constantinople et par le président ou l'évêque dans les provinces, en présence du curateur et des principaux parents (2).

4° Quant à la folie du fils de famille, à l'origine, comme il n'avait aucun bien, la folie ne modifiait en rien la puissance paternelle. Lorsqu'on lui reconnut le droit d'avoir des biens personnels, on ne lui donna pas non plus de curateur, et ce fut au père que Justinien confia l'administration de ces biens, estimant que l'affection paternelle était une garantie suffisante. Néanmoins, la folie du fils pouvait avoir pour le père certaines conséquences fâcheu-

1. Ulpian : loi 9 pr. D. *de ritu nupt.* 23. 2. Const. 25. C. *De nuptiis.* 5. 4.

2. Const., *idem.*

ses (1). Ainsi le fils de famille se trouvait dans l'impossibilité d'acquérir à son père aucun bien nouveau, à moins que l'acquisition ne résultât d'un fait indépendant de toute manifestation de volonté.

La folie du père était un obstacle à l'émancipation et à la dation en adoption du fils (sauf depuis Justinien), dans la plupart des cas ; ces actes étaient-ils de même (2) impossibles par suite de la folie du fils ? Les auteurs ne sont pas d'accord sur la réponse à faire. Dans Celse, nous trouvons cette règle en matière d'adoption : « *Utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo, vel non contrahendo* » (3).

Dans Paul, celle-ci, en matière d'émancipation : « *Filius familia emancipari invitus non cogitur* » (4).

La solution à admettre contre les apparences, il est vrai, semble être qu'il est suffisant qu'il n'y ait pas opposition de la part de l'enfant, et que le fait par lui de ne pas contredire suffit à la validité (5).

Mais un fou *sui juris* ne pouvait jamais se donner en adrogation, parce que, dans ce cas, il faut un consentement formel, et qu'il était hors de doute que

1. Const. 7, C. de Cur. fur. 5, 70.

2. Cel. loi 5. D. de adopt., t 7.

3. L. 5, D. I. 7.

4. Sentences : II, 25 § 5.

5. Modestin (loi 42 D. de adop. 1, 17). Const. 5 infine. C. de emancip. 8, 49.

ce consentement ne pouvait exister chez l'aliéné (1).

III. — *Puissance du maître.*

1^o La puissance paternelle demeurant intacte, à *fortiori* en était-il de même de la puissance du maître sur les esclaves, et ici d'abord presque sans aucun tempérament ; l'esclave étant considéré comme un animal domestique, il n'y avait pas à se préoccuper de lui, sauf pourtant en matière d'affranchissement ou de vente (2), car ce n'était plus alors un acte sans importance, l'esclave devenant l'objet d'une perte ou d'un bénéfice, en tout cas d'un acte d'administration, que le fou, incapable, ne pouvait pas faire, et tandis que, pour les ventes ordinaires, le curateur pouvait étendre jusqu'aux plus extrêmes limites ses pouvoirs d'administration, il y avait exception, on se demande pourquoi, en matière de vente d'esclaves.

De même, sous la folie du maître, plus de pécule, mais la loi n'ayant pas d'effet rétroactif, le principe de la non rétroactivité des causes était admis ainsi, et l'on en déduisait que le pécule acquis demeurait intact (3).

Furiosum non posse constituere quidem peculium servo ; verum ante constitutum non admittitur (4).

1. Accarias, Droit Romain, p. 212, t. I, (2^e édit.)

2. Marcianus : L. 10, D. XL, 2.

3. Ulpien : L. 7, § 1, D. de péc. XV. 1.

4. Ulpien. (*idem*).

2° Si c'était l'esclave qui fût fou, la puissance du maître pouvait se trouver modifiée. En effet, l'esclave aliéné, lorsqu'il était chassé de chez son maître, était mis dans un hospice ou dans une prison (1), mais par un édit de Claude, cette incarcération entraînait liberté et seulement à sa mort, il retombait en servitude, afin que ses biens pussent revenir au maître. Justinien décida que même à sa mort, l'esclave ne retombait pas sous la puissance domini-cale.

Bien qu'atteint d'aliénation, l'esclave enfin pouvait être affranchi, et l'édit relatif aux vices rédhibitoires de la chose vendue s'appliquant à la vente des esclaves, la folie non apparente devait être déclarée au moment du contrat, sous peine de rescision possible (2). Ce n'est pourtant pas l'opinion de tous les jurisconsultes et Ulpien nous rapporte que, sur ce point, on ait affirmé que l'esclave même fou devait être considéré comme *sanus* s'il était physiquement en bonne santé ; la folie, dit-il, étant un vice de l'esprit et non du corps, il n'y aura jamais lieu à l'action rédhibitoire, mais seulement à l'action *ex empto*. C'est une opinion d'ailleurs peu répandue (3).

1. Loi 13, § 1 loi 14, D. de off. præs. t. 18.

2. Loi 26, D. de man. 40. 1.

3. Loi 1, 55 8, 9, 10. D. de cédile. edicto. 21. 1.

IV. — *Folie du tuteur ou du curateur.*

1° Incapable d'administrer ses biens, l'aliéné était parce fait naturellement incapable d'administrer les biens des autres ; il fallait donc, dans tous les cas, pourvoir à son remplacement. Mais la folie était-elle une cause d'incapacité perpétuelle ou temporaire ?

La question fut des plus controversées et les théories les plus opposées se firent jour (1); mais, ce qui paraît devoir être admis, c'est qu'au moins en ce qui concerne le tuteur désigné par testament, étant donné le respect scrupuleux des Romains pour les dernières volontés des morts, si le testateur avait mis dans la clause *cum furore desierit* (2) un nouveau tuteur était nommé, mais sous condition résolutoire qui était la cessation de la folie de la personne désignée par testament, laquelle demeurerait tuteur sous condition suspensive, et encore ce nouveau tuteur était-il, à proprement parler, plutôt un curateur *et in locum ejus curator dabitur*.

Même, du reste, en l'absence de la clause, « *cum furore desierit* » la majorité des jurisconsultes la considère comme sous-entendue, et, dans les Institutes, cette doctrine se retrouve formellement :

1. L. 47, D. XXVI. 4.

2. Accarias page 330, D. XXVI, loi 40 § 3.

« *Furiosus tutor testamento datus, tutor erit, cum compos mentis factis fuerit* (1). »

Les mêmes principes s'appliquent au curateur, sauf que celui-ci ne pouvait jamais être nommé par testament.

2° Quant à l'impubère tombant en état de folie, sa condition reste la même : il est en tutelle et non en curatelle (2).

S'il n'a pas encore de tuteur, en vertu de la règle « *ut cesset cura, si tutela ætas indigeat* » : il entrera en tutelle et non en curatelle. En ce qui concerne au contraire le mineur de 25 ans, il restait en curatelle s'il y était au moment où il devenait fou, et s'il n'était pas encore en curatelle, il y entraient. Pourtant il ne faudrait pas conclure de ces faits qu'aucun changement ne se manifestât, par suite de la folie, dans leur capacité civile : car, dépourvus de discernement, ils étaient absolument incapables de faire ni seuls, ni *tutore auctore vel consensu curatoris*, aucun acte juridique (3).

3° Enfin, quant à la femme pubère, lorsque le tuteur était atteint de folie, Ulpien nous apprend qu'elle pouvait demander un autre tuteur pour la

1. Institutes : 1, 14 § 2.

2. 4. 3. pr. §1 D. XXVI, 1.

3. Const. 7 § 3. C. de curat. fur., 5, 70.

constitution de sa dot, (1), ce qui n'empêchait pas, quand elle avait pour tuteur son patron ou le fils de son patron, que celui-ci continuât à conserver la tutelle (2). La folie de la femme pubère ne devait en rien modifier la tutelle.

V.—*De la possession et de la propriété.*

1° Qui dit possession dit détention et intention de détenir comme sienne ; il y a donc deux éléments, *l'animus* et le *corpus* (3).

En principe, le fou peut avoir le *corpus*, mais est incapable de l'*animus* ; il ne doit donc pas être capable d'acquérir la possession, mais en réalité, il le pouvait par l'intermédiaire de son tuteur ou curateur. « *Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur* ».

Il le pouvait par l'intermédiaire des personnes placées en sa puissance, quand elles avaient un pécule, quand elles appréhendaient quelque chose « *ex causa peculiari igitur ex causa peculiari furiosus acquirit possessionem* » (4).

Mais le fou, possesseur avant la folie, conservait-il cette possession ? si l'on admet rigoureusement

1. Gaius. § 180. Ulpien. Reg. 11. § 21.

2. Gaius 1 § 181.

3. Paul : loi. I. § 3. D. *de acq vel annt pots.* 41. 2.

4. loi. 1 § 5. *id.*

le système, *animus et corpus* (1), il ne le devrait évidemment pas, car, n'ayant plus l'*animus*, il ne devrait plus avoir la possession ; mais il eût été injuste que la folie devînt pour l'aliéné une source de dommages pécuniaires et le fou continue la possession une fois commencée ; il va sans dire du reste que, comme tout le monde, s'il perd ce *factum*, la perte de la possession s'en suit.

2° Le fou pouvait encore acquérir par l'*accessio* (2) et la loi, la folie ne modifiant en rien le droit de propriété préexistant ; mais ici ce n'est plus de possession qu'il s'agit.

L'*accessio* et la loi, étant des modes d'acquérir la propriété qui produisaient leur effet en dehors de toute manifestation de la volonté de l'acquéreur, il était légitime que l'aliéné en profitât, bien qu'on ait eu peut-être tort de considérer l'*accessio*, sorte d'occupation, comme un mode spécial d'acquérir (3).

De même, le fou acquérait *lege* (4) ; tout ce qu'il avait ainsi par legs ou fidéicommiss était confié au

1 Paul loi 4 § 3. *De usurp et usucap.* 41. 3. loi 31 § 5 *ibid.* ; Proculus : loi 27 D. de *acq. vel amitt.*, 41. 2. Papirien : loi 44 § 6. D. de *usurp. et usucap.*, 41. 3.

2. Accarias, t. 1, § 251.

3. Loi 3 § 12. D. de *acq. vel amitt.*, 41, 2.

4. Ulp. *Req.*, 19 § 17.

curateur, et si, au retour de la raison de l'aliéné, il refusait ce legs, si, après sa mort, ses héritiers ne l'acceptaient pas, les biens passaient au substitué ou aux héritiers *ab intestat* ou même au trésor impérial (1).

Quant à la *donatio mortis causa*, elle transmettait immédiatement la propriété ; si le donataire postérieurement devenait fou, son droit ne lui en était pas moins assuré irrévocablement à la mort du donateur, par la seule force de la loi. — Mais, la donation supposant l'acceptation du donataire, celui qui au moment de l'acte était déjà fou, ne pouvait certainement pas y figurer.

3° Nous disions tout à l'heure que la folie ne modifie pas les droits de propriété préexistants ; en effet, sa capacité reste ce qu'elle était avant la folie, son droit de propriété est maintenu puisque sa conservation ne réclame pas une manifestation de volonté. *Rei suæ dominium retinet* (2), dit Ulpien ; nous avons vu qu'il n'acquiert que par les modes n'exigeant pas de manifestation de cette volonté ; de même il perdra sa propriété, toujours d'après l'application de ce système passif en quelque sorte ; c'est ainsi que, depuis Justinien, il acquerrait *lege*,

1. Const., 7, § 7, 8. C. de cur. fur. 5, 70.

2. Ulpien, 4, 20, D. 4, 5.

non plus un simple privilège mais une hypothèque générale, à dater de la *creatio curatoris* (1), sur tous les biens personnels du curateur. — C'est ainsi, au contraire, qu'il ne pouvait faire renonciation d'une servitude prédiale ou personnelle.

Le fou ne pouvait acquérir ou perdre tous les droits réels, par son fils ou son esclave, que *ex causa peculiari* (2); cependant certains jurisconsultes prétendent que, lorsqu'un usufruit avait été légué *per vindicationem* (3) à un fils ou à un esclave de l'aliéné, ce droit s'éteignait par la mort de ce légataire, en sorte que le fou pouvait ainsi perdre son usufruit.

VI. — *Du testament.*

Le fou pouvait-il être institué héritier par testament? oui, dans le testament nuncupatif, le testament tripartite, en un mot quand l'on n'exigeait pas son intervention directe ni une manifestation expresse de sa volonté.

Mais, une fois institué, il ne recueillait pas toujours le bénéfice de la succession, car sa folie l'empêchait de faire adition en cas de nécessité (4); aussi le prêteur chercha-t-il à adoucir ces consé-

1. Const., 7 § 6. *C. de cur. fur.* 5, 70.

2. Loi 3, § 12. *D. de acq. vel amitt.*, 41, 2.

3. *Ulp. Reg.* 19, § 17.

4. Loi 63, *D. de acq. vel amitt.*, 29, 2.

quences très-fâcheuses pour le patrimoine de l'aliéné.

Il avait imaginé, on le sait, une sorte d'hérédité connue sous le nom de *bonorum possessio*, qui pouvait être accordée soit en vertu d'une disposition générale de l'édit (*edictalis*) (1), soit par un décret rendu *agnita causa* (*decretalis*).

La seconde seule était accessible au fou, car la *bonorum possessio edictalis* ne pouvait être acquise qu'en vertu d'une demande expresse, conçue en termes solennels et le curateur ne pouvait même pas la demander au lieu et place de l'aliéné ;

Mais, même dans l'hypothèse de la *bonorum possessio decretalis* (2), la situation n'était que provisoire : si le fou mourait, il y avait dévolution au profit des appelés subséquents ; si, au contraire, il recouvrait la raison, il pouvait demander la *bonorum possessio edictalis*, beaucoup plus avantageuse (3).

Quant à la question de répudier une succession, lorsque le fou était *heres suus*, toute répudiation lui était interdite, l'hérédité lui étant acquise de plein droit ; si la succession était onéreuse, il pouvait, dans un moment lucide, demander le bénéfice d'abs-

1. Const. 1 et 3, *C. comm., de success.*, 6, § 9.

2. Loi 1, *D. de bon. possess. fur.*, 37, 3, loi 2, § 11, *in fine*. *D. ad senatorem*. Tertyll, 38, 17.

3. Loi 1. *D. de bonor. possess. fur.*, 37, 3. — Loi 2, § 11 *in fine* *D. ab senatore*, Tertyll. 38, 17.

tention, et il est probable qu'à son défaut, le curateur en avait le droit (1).

Lorsqu'il était héritier externe, la question de répudiation n'avait pas même à se poser, puisque l'hérédité ne lui était point déférée.

2° Qu'arrivait-il, quand le fou avait fait un testament (2) ? *furiosus testamentum facere non potest* (3) dit le texte et Ulpien définit le testament, *mentis nostræ justa contestatis* (4). Or, chez le fou, ce qui manque, c'est justement la manifestation de la volonté.

Ce qu'il faut considérer dans un testament, c'est si celui qui l'a fait avait la faction de testament. *Imprimis advertere debemus, an is qui id fecerit habuerit testamenti factionem* (5). Pour la faction de testament, c'est-à-dire pour pouvoir le confectionner, il faut évidemment l'attribution légale du droit et la capacité de l'exercer ; l'un et l'autre sont également indispensables ; mais, une fois le testament valablement fait, il y a des distinctions à faire ; nous allons nous en occuper :

1. Const. 7, § 3, *C. de curat. fur.* 5, 70.

2. Ortolan (app. Labbé), t. 11. — douzième édit., p. 164.

3. L. XVI, § 1, D. XXXIII, 1.

4. Ulpien, *Reg.* 20, § 1.

5. Ortolan, 12^e édit., t. 11, p. 164, 168.

3° En somme, dans la question du testament, il y a trois époques à considérer ; celle de la confection du testament, celle de la mort et l'époque intermédiaire (1).

La capacité d'exercer le droit n'est exigée qu'à la première de ces époques, c'est-à-dire lors de la confection de l'acte et au décès, mais le droit en lui-même l'est à tous les temps, depuis le testament jusqu'à la mort sans interruption.

Le fou, nous l'avons dit, ne peut donc pas tester, à moins pourtant que ce ne soit dans un intervalle lucide ; mais qu'arriverait-il d'un testament, commencé *ante furorem* (2) et achevé dans un moment lucide (3) ?

Il n'était pas valable, parce qu'il devait être fait *uno contextu* (4), et, pour qu'il produisît son effet, il fallait qu'il le refît, faisant abstraction de la partie faite *ante furorem*.

Quant à celui fait complètement avant la folie, il est incontestable qu'il est valable (5) : « Si un testateur devient fou après son testament et reste fou jusqu'à son décès, le testament est valable,

1. Ortolan, *Dr. romain*, t. II, douzième édition, p. 466.

2. Const. 9, *C. qui testam. facere poss.*, 6, 22.

3. Loi 20 § 4, *D. qui testam.*, 28, 1.

4. Loi 21, § 3, *D. qui testam. fur. poss.*, 28, 1.

5. Gérardin, *Pandectes*, 1891-1892.

« car on considère que le testateur est demeuré
« dans les mêmes sentiments, par cela seul qu'il
« n'en pouvait pas avoir d'autres. Et pourtant, l'on
« dit du testament que c'est l'*ultima voluntas* du de
« *cujus* (il y a encore une formule analogue, à sa-
« voir que la volonté du testateur est ambulatoire
« jusqu'à sa mort)(1) ».

Quant aux codicilles, le fou ne pouvait les faire valablement, et, même confirmés d'avance par un testament valable, ils étaient considérés comme nuls lorsque leur auteur ne jouissait pas de sa raison au moment même où il les rédigeait (2).

Enfin, pour obvier autant que possible aux inconvénients de la folie en matière de testament, Justinien introduisit la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.

L'ascendant pourra désormais, sans l'autorisation de l'empereur, instituer un héritier pour un descendant fou qui n'a pas encore testé lui-même.

La substitution quasi-pupillaire s'éteignait naturellement, lorsque le fou recouvrait la raison,

VII. — *De l'irresponsabilité.*

1^o De même qu'ils étaient incapables, les fous devaient être à Rome considérés comme irresponsables.

1. Paul, *Sent. civ.* III, tit. IV, A. § 5.

2. Loi 21, § 3, *D. de jure codic.*, 29, 7.

Au criminel, en effet, ce que l'on punit c'est l'intention, la culpabilité, qu'elle vienne d'un dessein arrêté de nuire ou d'une imprudence ; or le fou ne peut être coupable, puisqu'il n'a pas de volonté et n'a pas conscience même de ce qu'il fait.

Au civil, la loi Aquilia ne lui était pas applicable ; suivant Ulpien, cette loi ne s'appliquait ni à l'enfant, ni au fou, ni au furieux.

Un juge ou un arbitre ne peuvent prononcer de peine contre un furieux (1), et l'édit du préteur a même décidé que le fou débiteur, qui se cache, ne sera pas poursuivi comme ayant voulu se soustraire à la poursuite de ses créanciers, « *quia non se occultat, qui suus non est* » (2) celui qui ne se possède pas ne peut être considéré comme se cachant.

L'irresponsabilité était donc complète, toujours en dehors des intervalles lucides, où l'on continuait à regarder le fou comme agissant volontairement ; mais la loi, tout en n'édicant pas de peines, prenait ses précautions pour sauvegarder en même temps que la personne des fous, ceux qui l'entouraient et le mettre dans l'impossibilité de nuire. — Les droits de la science, de l'humanité et de l'équité étaient rigoureusement respectés, et si, au berceau des institutions romaines, on ne vit dans la protection du

1. Ulp. loi 5 § 2. D : *ad legem aquil.* 9. 2.

2 Paul Sent. 5. 4. § 2.

fou que l'intérêt de ses agnats et la conservation de ses biens par rapport à eux, les lois devenant plus humaines, en firent un malade pour lequel l'on devait avoir tous les ménagements et qui était à tous égards digne de la pitié et de la bienveillance du législateur.

2° Avec ce sentiment de pitié (1), se fit jour aussi, bien que très lentement et avec la plus extrême prudence, l'idée de joindre à la justice la science du médecin, pour l'examen de l'état mental des prévenus ou des suspects de folie.

Sans doute, c'est encore bien vague ; mais l'on ne peut nier qu'il y ait un pas de fait vers la médecine légale, et il ressort des textes que des rapports étaient demandés aux chirurgiens et aux sages-femmes.

Les sages-femmes avaient à faire des expertises, et, à ce sujet, sur un cas spécial, un rescrit de Marc-Aurèle prescrit la ligne de conduite, à propos d'une femme qui prétendait n'être pas enceinte. Peu importe d'ailleurs le cas, ce qu'il faut retenir c'est le principe, l'admission de la médecine, et c'est bien là la preuve qu'elle est officiellement reconnue.

Ce qui ressort de l'examen de l'état de l'aliéné à Rome, c'est d'abord le progrès énorme fait par la

1. Dig. liv. XIII. tit. I. *loiq.*

pensée dans l'appréciation des causes et le traitement de la folie.

C'est ensuite ce grand principe que le fou, incapable, irresponsable et considéré comme ayant droit à toute la bienveillance du législateur (1), c'est enfin l'institution de la curatelle, substituant au fou, quand c'est nécessaire, un homme sain et raisonnable (2), pour veiller à ses intérêts aussi bien matériels que personnels et particuliers.

En un mot, c'est la progression toujours croissante de l'idée de protection du faible, du malade, dans une société bien organisée et si, dans la pratique, il y a eu quelques indécisions, il faut en accuser non le système ni les principes, mais l'imperfection inhérente à toute législation ascendante qui n'a pas encore derrière elle des générations séculaires de jurisconsultes.

1. Audibert, *Furor et dementia*, t. I. ch. I.

2. Accarias, *Précis de dr. romain*, t. I, p. 372.

TABLE DES MATIÈRES

Droit romain

De la capacité des personnes atteintes d'aliénation mentale

I

	Pages
1 ^o De l'aliénation mentale; en général.	3
2 ^o Influence des doctrines médicales de la Grèce sur le système romain.	4
3 ^o Du <i>Furiosus</i> et du <i>Demens</i> en matière de curatelle. . .	9

II

DE LA CURATELLE

1 ^o Notions générales	19
2 ^o A qui était déferée la curatelle	25
3 ^o Formes et conditions de cette curatelle	26

III

DES INCAPACITÉS DU FOU

I. — Du fou et du dément au point de vue du mariage. . .	31
1 ^o Fiançailles	32
2 ^o Divorce et <i>repudium</i>	33

3° Formalités	34
4° Droits du père relativement au mariage de sa fille.	35
5° Droits du conjoint du fou.	36
II. — De la puissance paternelle	36
III. — Puissance du maître	40
IV. — Folie du tuteur ou du curateur	42
V. — De la possession et de la propriété.	44
VI. — Du testament	47
VII — De l'irresponsabilité du fou	51

DU FLAGRANT DÉLIT

Introduction.

1. Définition du flagrant délit. — Rapports et différences avec le délit du droit commun.

2. Loi du 20 mai 1863. — Modifications apportées par cette loi au code de 1808. — Adultère. — Préfet.

3 Immunités parlementaires.

4. Considérations générales.

INTRODUCTION.

A notre époque, fin d'un siècle qui a vu la rénovation juridique, corollaire de la révolution sociale, introduite en France avec le Code civil, au sortir des limbes rudimentaires au milieu desquelles s'était unie jusque-là notre législation, à notre époque, où en même temps que l'esprit et l'intelligence semblent être parvenus à leur apogée, par les manifestations invraisemblables, tellement parfaites de leur travail et de leur énergie, — la criminalité, exutoire peut-être de la civilisation ascendante, paraît malheureusement suivre la même progression et où avec le nombre paraît s'accroître la complexité des faits qui tombent sous la loi pénale; s'il est une question qui puisse se présenter sous des apparences attachantes, c'est à coup sûr celle des sanctions établies par le Code comme sauvegarde de la société.

Mais, notre cadre ne nous permet pas d'envisager la matière dans son ensemble, et en nous spécialisant dans l'étude du flagrant délit, nous aurons le

double avantage de détailler une particularité à tous égards intéressante et de la connaître dans ses rapports et ses différences avec les crimes et délits en général.

La pensée qui a guidé le législateur dans la création des règles spéciales aux cas de flagrants délits est qu'en présence du caractère d'évidence et d'indéniableté du fait délictueux, l'application de la procédure ordinaire devenait inutile, sinon dangereuse et inhumaine, et que la flagrance de l'acte impliquait normalement la rapidité de la procédure. Nous étudierons donc, d'abord, ce que c'est que le flagrant délit et en quoi il apporte des modifications au droit commun ; en second lieu, les réformes de la loi du 20 mai 1863 et nous terminerons par l'examen des immunités parlementaires.

PREMIÈRE PARTIE

QU'EST-CE QUE LE FLAGRANT DÉLIT.

I. Le flagrant délit est celui qui se commet ou qui vient de se commettre. La loi répute aussi flagrant délit celui qui est désigné par la clameur publique et celui dont l'auteur, dans un temps voisin du délit, est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers, faisant présumer qu'il est auteur ou complice.

Le flagrant délit, dit encore Nogent Laurent, « c'est la pleine possession de l'évidence, c'est le fait qui vient de s'accomplir, qui vient d'être constaté, qui a été vu, entendu et en présence duquel la dénégation serait absurde ou impossible ».

Le délit c'est « la violation d'un droit ». C'est là l'élément essentiel, l'élément permanent que l'on retrouve toujours, bien que ce mot ait été pris dans les acceptions les plus diverses et dans les sens tantôt les plus larges, tantôt les plus stricts, suivant les temps et suivant les lieux ; le flagrant délit, c'est la

•

violation d'un droit, se présentant avec les caractères d'évidence et d'indéniability que nous venons dénoncer.

Dans la loi romaine, il y avait flagrant délit lorsque les coupables étaient surpris et saisis au moment même de l'exécution du crime : *ubi inventi fuerint in ipsa rapina et adhuc flagranti crimine comprehensi* (1). Cette situation motivait une double dérogation aux règles de la procédure : les prévenus pouvaient être mis en arrestation sans ordre du juge et le juge pouvait instruire leur procès d'office et sans qu'il fût saisi d'aucune accusation. Ces deux mesures, qui sont en quelque sorte les conséquences nécessaires du flagrant délit, avaient passé dans notre ancienne jurisprudence et on les y retrouve dans toutes les phases qu'elle a subies.

Au XIII^e siècle, le crime flagrant devait être vengé par l'office du juge, lors même qu'il n'existait aucune partie poursuivante et à l'époque mérovingienne déjà, le coupable saisi en flagrant délit pouvait être arrêté par la partie lésée qui devait le conduire devant le chef de la justice.

Au XV^e siècle, Jehan Boutellier enseigne que la justice était saisie par » *présent meffait* » et il ajoute

1. L. 1. C., de *raptu virginum*. F. Hélie ; *enstr. crim.*; t. 3 p. 460.

« par présent meffait, le juge se peut doit mouvoir à cause d'office contre le délinquant et lui imposer le faict calenger de peine capitale de son office tant seulement sans autre dénonciation ni information préalable ».

Au XVI^e siècle, les criminalistes avaient nettement formulé le principe et en avaient tiré les conséquences les plus rigoureuses : le flagrant délit ouvrait au juge la voie de l'enquête, sans qu'il y eût besoin d'une plainte ou d'une dénonciation et l'accusé saisi en flagrant délit, pouvait sans autre preuve, être soumis à la torture. En outre, le coupable surpris pouvait être arrêté sans mandat du juge par tous les témoins du crime : « *hunc in flagranti crimine reperi- tum propria auctoritate capere et ad judicem inducere licitum est, non salium parti offensæ et cujus interest, sed etiam, cuilibet de populo* » (1).

Enfin, l'accusé était réputé saisi en flagrant délit quand il était pris dans l'exécution même du crime, ou même après cette exécution, soit pendant sa fuite, soit dans le lieu où il s'était caché, pourvu qu'il ne fût pas encore parvenu jusqu'au lieu où se dirigeaient ses pas.

L'ordonnance de 1670 n'adopta pas toute la doctrine des légistes, mais maintint la double décision, puisée dans le droit romain, relative à l'arrestation

1. Guayzinus : *Def. V. cap. 8.*

de l'accusé sans mandat et à la poursuite du juge, et les commentateurs de cette ordonnance se sont attachés à définir le flagrant délit.

Le flagrant délit, dit Jousse, est lorsqu'un crime vient de se commettre et est exposé à la vue de tout le monde, comme lorsqu'une maison vient d'être incendiée ou un mur percé, ou qu'un homme vient d'être tué ou blessé dans une rue, ou lorsqu'il arrive une émotion populaire et que les témoins sont encore sur les lieux ; alors, comme il arrive le plus souvent que l'information requiert célérité, et qu'il est nécessaire d'entendre promptement les témoins, ou de recevoir la déclaration du blessé, le juge doit sur le champ se transporter sur les lieux, en dresser son procès-verbal et entendre d'office ces témoins sans attendre qu'on lui rende aucune plainte pour raison de ce délit (1).

Rousseaud de la Combe déclare également : *qu'un accusé est censé pris en flagrant délit, lorsqu'en fait de vol, par exemple, il a été pris volant ou dérobant, ou dans le lieu dans lequel le vol a été fait, ou bien lorsque le voleur a été trouvé avec la chose volée ou dérobée ; en fait de meurtre et assassinat, lorsque le meurtrier a été pris dans l'action ou qu'il a été vu dans le lieu où le crime a été commis, avec l'épée, lui ensanglanté ou son épée. »*

1, F. Hélie : *Inst, crim.* t. 3, p. 464,

« Le flagrant délit, dit encore Serpillon, c'est quand le cas est notoire, que le crime a été commis en présence du peuple ; par exemple, un voleur, qui a été surpris en dérobant, ou saisi de la chose volée, un assassin qui a été vu l'épée à la main et ensanglantée dans le lieu où le meurtre a été commis (1). »

Le code d'instruction criminelle, s'inspirant de ses précédents, particulièrement de l'ordonnance de 1670, donne enfin une définition catégorique et raisonnée celle que nous avons citée plus haut : « le « délit qui se commet ou vient de se commettre ;... « clameur publique... porteurs d'armes, papier... « etc. dans un temps voisin du délit. »

L'art. 41, qui donne cette définition, détermine ainsi nettement les cas de flagrants délits, complété par l'art. 32, l'art. 46 et l'art. 106, qui caractérisent l'action de la police judiciaire.

L'art. 32 porte : « dans tous les cas de flagrant délit, lorsque le fait sera de nature à entraîner une peine afflictive et infamante, le procureur du roi se transportera sur les lieux sans aucun retard (2)...

L'art. 46 : « les attributions faites ci-dessus au

1. F. Hélie : *Du flagrant délit*.

2. Sur ce point de « peine afflictive et infamante », la loi de 1863 a apporté les modifications dont nous parlerons au cours de cette étude.

procureur du roi pour les cas de flagrant délit, auront lieu aussi toutes les fois que, s'agissant d'un crime ou d'un délit, même non flagrant, commis dans l'intérieur d'une maison, le chef de cette maison requerra le procureur du roi de le constater.

II. Enfin l'art. 106 est ainsi conçu : « tout dépositaire de la force publique et même toute personne sera tenu de saisir le prévenu surpris en flagrant délit, ou poursuivi par la clameur publique, soit dans les cas assimilés au flagrant délit, et de le conduire devant le procureur du roi, sans qu'il soit besoin de mandat d'amener, si le crime ou délit emporte peine afflictive ou infamante.

Il y a donc flagrant délit :

1. « Lorsque le crime se commet actuellement » : c'est la véritable phase du flagrant délit : l'officier de police judiciaire averti de la perpétration d'un crime, arrive immédiatement sur les lieux et surprend le prévenu dans les actes même de l'exécution, *diem fit deprehenditur* (1) ; il ne peut exister sur ce point aucune espèce de difficulté.

2. « Lorsque le crime vient de se commettre, » — Cette seconde hypothèse se rapproche étroitement de la première : le crime est consommé, mais il est en-

1. Gaius, Comment. III, n° 184.

core flagrant, car toutes ses traces sont vivantes, les témoins sont sur les lieux, l'émotion publique subsiste, le prévenu, soit qu'il ait été saisi sur le lieu même de l'action, *eo loco deprehenditur ubi fit*, soit qu'il n'ait pu être arrêté, est l'objet de recherches actives, le corps du délit est exposé à la vue de tous. A la vérité, la loi n'a pas fixé le délai après lequel le fait cesse d'être flagrant ; mais ce délai se trouve implicitement défini par cette condition que le fait vient de se commettre ; ce sont donc les instants qui suivent la consommation du crime, où l'action peut être saisie par les poursuites judiciaires encore intacte et visible, que la loi a voulu désigner. Il faut toutefois ajouter le temps strictement nécessaire pour le transport de l'officier de police judiciaire sur les lieux.

3. « Lorsque le prévenu est poursuivi par la clameur publique ». — Cette troisième hypothèse est clairement indiquée par ces termes. La loi suppose que l'agent, en se sauvant, après avoir commis son crime, est montré et désigné par les cris du peuple qui publie à haute voix qu'il est coupable. On doit encore, pour ne pas trop restreindre les expressions de la loi, les appliquer au cas où l'agent, sans être matériellement poursuivi dans sa fuite, est hautement accusé par le cri public d'être l'auteur d'un crime qui vient d'être commis. C'est cette accusa-

tion populaire, quelles que soient les circonstances où elle se produit, qui constitue la clameur publique, dans le sens de la loi, lorsqu'elle suit la découverte du crime. Toutefois, il ne faut pas confondre cette clameur, qui consiste dans une sorte d'acclamation à la fois précise et énergique, soit avec la rumeur publique, qui n'est qu'un bruit sourd qui se répand vaguement et sans preuves, soit avec la notoriété publique, qui vient donner à la rumeur une certaine consistance, mais seulement quelque temps après la consommation du crime. Cette rumeur et la notoriété qui la suit doivent éveiller la sollicitude de la justice et peuvent motiver une instruction, mais elles ne constituent pas le flagrant délit (1).

4. « Lorsque le prévenu est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit. » — Dans la discussion au Conseil d'Etat, ces mots « voisin du délit » avaient été ajoutés pour restreindre la disposition générale, mais, de nombreuses opinions s'étaient manifestées dans le sens de la fixation ferme d'un délai : « Ces mots « dans un temps voisin du délit, » sont trop vagues, dit M. Beugnot, car ils peuvent signifier également quelques heures, quelques jours,

1. F. Hélie, t. III, chap. XII, t. 4.

quelques mois. M. Berlier insista dans le même sens : « Il trouve bien vagues ces expressions ; si elles subsistent, il ne fait nul doute que, bien que la mesure du temps soit de sa nature uniforme, cette mesure sera diversement entendue et appréciée ; ce qui serait un grand mal surtout en matière criminelle, où la précision est le premier et le plus important caractère de la loi, il demande qu'on substitue aux expressions employées celles-ci : « dans les vingt-quatre heures du délit ». M. Defermon objecta, que si le délit cessait d'être flagrant après vingt-quatre heures, la disposition sera trop restreinte. Souvent des voleurs sont saisis porteurs des effets volés, très loin du lieu du vol et longtemps après qu'il a été commis. Enfin, sur la proposition de M. Cambacérès, on s'en tint à cette expression « pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit », ce qui indique la volonté du législateur de ne point marquer un délai précis et en même temps une restriction caractérisée à la règle générale. Cependant, si le délai de 24 heures n'est pas fixé et ne peut strictement circonscrire l'intervention des officiers de police judiciaire, ils ne doivent pas, en général et sans quelques circonstances extraordinaires, excéder cette limite. En effet, si la possession, soit des objets volés, soit des instruments qui ont servi à commettre le crime, soit des papiers qui en constatent la perpé-

tration, forme contre le possesseur une preuve tellement formelle que la police doive le saisir immédiatement, comme au cas de flagrant délit, c'est lorsqu'un intervalle très court sépare le crime et l'arrestation ; c'est lorsqu'il est impossible d'admettre que ces effets lui soient arrivés par l'intermédiaire d'un tiers ; c'est lorsque cette possession l'accuse, comme le ferait la clameur publique elle-même. Il faut donc que cette saisie, pour ouvrir le flagrant délit, soit faite, comme le veut la loi, dans un temps voisin du délit ; c'est-à-dire dans un temps tellement rapproché qu'elle en continue la flagrance. Il importe d'ajouter d'ailleurs, que ce n'est pas assez pour que le prévenu soit réputé en état de flagrant délit, qu'il soit trouvé porteurs d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice d'un crime quelconque ; il faut que cette présomption se rattache à un crime dont la perpétration récente provoquait les recherches actuelles de la police judiciaire. (1)

5° « Lorsque le chef d'une maison dans laquelle un crime ou un délit a été commis, requiert la police judiciaire de le constater. »

La loi a assimilé cette réquisition à un cas de flagrant délit, parce qu'il est nécessaire de proté-

1. F. Helie : « *De la police judiciaire*,

ger immédiatement la famille contre les attentats qui éclatent dans son sein lorsque le chef de cette famille invoque lui-même la protection de la justice.

Par chef de famille, il faut entendre le propriétaire, le principal locataire, le chef de chaque appartement.(1) Mais la réquisition d'un propriétaire ou d'un principal locataire n'autoriserait pas le procureur « impérial » à faire une perquisition dans le domicile d'un locataire particulier, sous le prétexte d'un délit qui s'y commettrait.(2)

Il convient d'ajouter enfin que l'énumération de l'art. 41 est évidemment restrictive. En dehors des cas ci-dessus énoncés, le flagrant délit n'existe plus, et dès lors, les attributions qui y sont attachées ne peuvent plus être exercées. Ainsi, le seul fait de la découverte d'un cadavre ne constitue pas un cas de flagrant délit, à moins qu'il n'y ait présomption que la cause de cette mort ne soit un crime qui vient d'être commis.(3)

Plusieurs auteurs pensent cependant que la découverte du cadavre constitue une sorte de flagrant délit qui doit exciter la sollicitude, la vigilance de tous les officiers de police judiciaire et fait

1. Sirey; *Codes annotés*.

2 Carnot : t. I, p. 251 n°. 4.

3; Rousseaud de Lacombe. *May. crim.* p, 80 Sirey : *Code instr. crim.*

naître les mêmes droits et les mêmes devoirs que si la certitude d'un crime était acquise ; telles sont les opinions de Duverger, d'Ortolan et Ledeau.

Enfin, pour qu'il y ait flagrant délit, il ne suffisait pas de l'existence de ces conditions, il fallait encore qu'aux termes des art. 32, 40 et 106, le fait soit de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante (1) ».

« La loi est absolue sur ce point ; ce n'est qu'à
« raison de la gravité des infractions qu'elle a qua-
« lifiées crimes qu'elle a consenti, par une excep-
« tion aux règles générales de la compétence, à in-
« tervertir les attributions judiciaires et à déléguer
« temporairement aux officiers de police les pouvoirs
« du juge, et au juge lui-même les pouvoirs du mi-
« nistère public ; cette double dérogation au prin-
« cipe de la séparation de la poursuite et de l'ins-
« truction, est fondée sur l'intérêt social, qui veut
« la protection des personnes dans tous les cas où
« leur sûreté est menacée et sur l'intérêt de la jus-
« tice, qui sollicite la prompte constatation des
« crimes. Mais lorsque le fait n'est passible que
« d'une peine correctionnelle, ces motifs n'existent
« plus, ou du moins ne se présentent plus avec la
« même force ; il n'y a donc plus de raison suffisante

1. F. Hélie : *inst. crimin.* t. 3, n° 1499.

2. F. Hélie : Du flagr. délit *inst. crimin.* t. 3, p. 472.

« de s'écarter des règles ordinaires, qui laissent au
« ministère public ou aux parties elles-mêmes la
« poursuite et au juge le droit d'informer (1). »

Telles sont sur ce point les dispositions du code de 1808 ; nous verrons plus loin, en étudiant la loi du 20 mai 1863, sur la procédure devant les tribunaux correctionnels, les modifications qui y ont été apportées ; — mais jusque là, le principe était nettement établi, et l'art. 157 de l'ordonnance du 29 octobre 1820 le définissait catégoriquement :

« Toute infraction qui, par sa nature, est seule-
« ment punissable de peines correctionnelles, ne
« peut constituer un flagrant délit. Les officiers de
« gendarmerie ne sont point autorisés à faire des
« instructions préliminaires pour la recherche
« de ces infractions. Le flagrant délit doit être un
« véritable crime contre lequel une peine afflictive
« ou infamante est prononcée (2) ».

La seule exception réside dans le cas de réquisition d'un chef de maison. L'art. 46 veut en effet que les attributions faites à la police judiciaire pour les cas de flagrant délit aient lieu toutes les fois que, s'agissant d'un crime ou délit, même non flagrant, le chef de cette maison requiert cette police de le

1. La loi de 1863 a réformé cet ordre de choses, réglé par le code de 1808.

2. F. Hélie. *inst. crimin.* t. 3, n° 1499.

constater. Ainsi, seulement dans ce cas, la police judiciaire exerçait les droits extraordinaires que lui donnaient le flagrant délit, non-seulement en matière de crime, mais encore en matière de simple délit (1).

Des officiers de police judiciaire.

I. La loi française, en principe et du reste dans tous les cas, sauf exceptions que nous allons voir, sépare avec grand soin le droit de poursuite et celui de procéder à l'instruction (2).

Ce principe, destiné à garantir la liberté des citoyens, fut posé par la loi du 7 pluviôse an IX ; on ne voulut pas que le pouvoir d'ordonner une perquisition, de décerner un mandat, appartint au fonctionnaire dont la loi faisait l'adversaire du prévenu.

L'instruction fut confiée, dans l'intérêt de la justice, à un magistrat indépendant du ministère public ; ce magistrat est le juge d'instruction.

Donc deux droits : droit de poursuite confié au

1. La loi de 1863 a révisé en partie ces dispositions : V. plus loin.

2. Trébutien : tome 2. Cours élément. de dr. criminel (officiers auxiliaires du procureur, n° 428).

procureur ; — droit de procéder à l'instruction, confié au magistrat choisi parmi les juges civils pour remplir cette charge.

Mais, en cas de flagrant délit, cette division disparaît ou plutôt souffre exception :

« La nécessité de recueillir immédiatement les
« preuves de l'infraction fait alors céder la règle, et
« l'on concentre dans les mêmes mains le pouvoir
d'instruire et le droit de poursuivre ; cette réunion
n'est que provisoire, elle disparaît aussitôt que les
magistrats régulièrement chargés de la poursuite et
de l'instruction ont été prévenus.

« Le ministère du procureur (1), dit encore
M. Faustin Hélie, ne se borne pas à la recherche et
à la poursuite des crimes ; il est aussi chargé de les
constater par lui-même en cas de flagrant délit.
Aussitôt qu'il a l'oreille frappée d'un crime qui se
commet actuellement, il doit sans aucun retard se
transporter sur les lieux, dresser tous les procès-
verbaux nécessaires à l'effet de constater le corps
du délit, son état et l'état des lieux, c'est dans ce
premier instant surtout qu'on peut saisir utilement
tous les indices : le procureur doit recevoir les dé-
clarations des personnes présentes, en un mot la loi
l'investit de tout pouvoir nécessaire pour faire ce qui

1. F. Hélie : (de la police judiciaire) tome III.

peut être utile à la recherche de la vérité et rien de ce qui peut servir à préparer la conviction du coupable ne lui est interdit (1).

II. Toutes ces attributions, que la loi délègue exceptionnellement au ministère public en cas de flagrant délit, appartiennent également au juge d'instruction.

L'art. 59 du code d'inst. criminelle porte en effet : « le juge d'instruction dans tous les cas réputés flagrant délit, peut faire directement et par lui-même tous les actes attribués au procureur impérial ».

Ainsi, il peut se transporter sur les lieux sans être accompagné du ministère public, procéder à des actes d'instruction sans qu'ils soient précédés d'aucune réquisition ; il peut même, en usurpant momentanément la fonction du ministère public, procéder à tous les actes de poursuite qui n'appartiennent en général qu'au ministère public et que les circonstances peuvent solliciter.

Les mêmes attributions appartiennent aux officiers de la police judiciaire auxiliaires des procureurs, c'est-à-dire aux juges de paix, aux officiers de gendarmerie, aux commissaires de police, aux maires et aux adjoints.

1. Exposé des motifs du code, Treihard.

L'art. 49 du code d'inst. criminelle porte :

« Dans le cas de flagrant délit ou dans le cas de la réquisition d'un chef de maison, ils dresseront les procès-verbaux, recevront les déclarations des témoins, feront les visites et les autres actes qui sont auxdits cas, de la compétence des procureurs.

Et l'exposé des motifs du code explique cette disposition : (1) « les juges de paix, officiers de gendarmerie et commissaires sont établis pour recevoir les dénonciations de tous les crimes et délits commis dans les lieux où ils exercent leurs fonctions habituelles et ils sont tenus de les transmettre sans délai au procureur ; mais on a dû étendre leur devoir de leur compétence dans les cas de flagrant délit ; ils ne se bornent pas alors à donner leur avis, il faut agir sur le champ dans les actes que pourraient faire le juge d'instruction ; les officiers de police sont dans ces circonstances autorisés à les faire. Tout ceci, du reste, toujours sous le coup des articles du code de 1808 ; jusqu'en 1864, il ne suffisait pas de se trouver dans une des circonstances ci-dessus énoncées pour que le flagrant délit ait une efficacité juridique ; il fallait encore que le fait donnât lieu à une peine afflictive et infamante ; que l'on se trouvât en face d'un crime.

1. F. Hélie : (police judiciaire) t. III, p. 475.

L'hypothèse de l'art. 46 faisait seule exception. La réclamation du maître de la maison, lieu de l'infraction, suffisait pour que la compétence anormale se produisît en matière de délits comme en matière de crimes (1).

Depuis lors, la loi de 1863 a étendu le cercle de l'exception. Elle arme les officiers de police judiciaire de pouvoirs particuliers et organise une procédure spéciale et plus rapide pour les simples délits lorsqu'ils sont flagrants ; nous verrons plus loin dans notre deuxième partie les modifications qu'elle a apportées au code de 1808.

Donc les officiers de police judiciaire, suppléent, en cas de flagrant délit, au magistrat chargé d'agir ; avec cette différence toutefois que l'exercice de cette puissance est obligatoire pour tous les officiers autres que le juge d'instruction ; ce dernier seul a reçu la faculté d'en user ou non (2), la loi supposant que le ministère public est avisé en même temps et que par conséquent il est suffisant pour faire les actes nécessaires (3).

Cette distinction entre les faits emportant peine afflictive et infâmante et les faits purement délictueux, au point de vue de l'arrestation du coupable,

1. Trébutien tome 2, n° 490.

2. Locré : tom. XXV, p. 219.

3. F. Hélie : liv. III, p. 478.

ble, en matière de flagrant délit, était d'ailleurs en réalité inapplicable, car elle avait contre elle les difficultés et les inconvénients de l'application, de simples citoyens ou des fonctionnaires de rang infime n'étant pas aptes le plus souvent à distinguer si un fait constitue un crime ou un délit, la loi de 1863, comme nous le verrons, venait donc régulariser une situation et combler une lacune.

III. Quels sont les actes auxquels les officiers de police judiciaire peuvent procéder, dans les cas de flagrant délit définis par la loi ?

Les pouvoirs conférés par le législateur se rapportent aux opérations suivantes :

1^o Transport et information préalable sur les lieux.

2^o Arrestation des inculpés.

3^o Visites domiciliaires.

4^o Saisie des effets et instruments pouvant servir de pièces à conviction.

5^o Constatation des crimes et délits, commis dans l'intérieur d'une maison, sur la réquisition du chef de cette maison.

1. *Transport sur les lieux.* — L'officier de police averti du flagrant délit se transporte immédiatement sur les lieux. Il constate d'abord le corps du délit

pour rechercher ensuite le coupable. Il décrit tous les signes extérieurs qui révèlent l'existence du crime, les indices qu'il recueille (1).

Toutes les fois que la constatation du crime ou délit, ou de quelques-unes de ces circonstances essentielles ne peut se faire qu'à l'aide de vérifications spéciales ou d'opérations médico-légales, il appelle les experts ou les médecins les plus capables de donner un avis éclairé, et leur délègue, après leur avoir fait prêter serment, la mission de procéder aux actes qu'il leur désigne (2). Cette obligation est prévue par les art. 43 et 44 du Code d'inst. crimin. « Le procureur se fera accompagner au besoin d'une ou deux personnes présumées, par leur art ou profession, capables d'apprécier la nature ou les circonstances du crime ou délit ».

L'officier de police judiciaire a en outre le droit de se faire accompagner d'interprètes, si c'est nécessaire, et il recueille les déclarations des personnes présentes ou qui auraient des renseignements à fournir. Il peut même, pour faciliter cette information, défendre que personne ne s'éloigne avant la clôture de son procès-verbal, lequel contiendra tous dires et rapports nécessaires à la recherche de la

1. Trébutien, tome 2, v^o 432, *Transport et information préalable en cas de flag. délit.*

2. F. Hélie, tome III, p. 483, *Inst. crim.*

vérité, et si l'ordre est enfreint, le contrevenant peut être condamné par le juge d'instruction à une peine dont le maximum est de dix jours d'emprisonnement et de 100 francs d'amende (art. 32 et 34 du C. inst. crim.).

Il y a pourtant un droit réservé au juge d'instruction et que n'ont point les autres officiers de police judiciaire, c'est celui de faire citer les témoins.

Quant au procès-verbal, il doit être rédigé avec soin, énoncer la date et le lieu de sa rédaction, le nom de l'officier qui le rédige, la voie par laquelle il a été informé et les motifs de son transport ; la nature du fait et toutes ces circonstances, enfin les noms de toutes les personnes entendues et la teneur de leurs déclarations.

L'art. 42 du Code veut que les déclarations reçues soient signées par les parties ; pourtant ce n'est pas à peine de nullité et c'est seulement une garantie pour l'exactitude de la reproduction des dépositions, car les procès-verbaux ne valent jamais en matière criminelle que comme renseignements, et si les formes sont bien observées, ils inspirent plus de confiance (1).

L'art. 42 ajoute : « Les procès-verbaux du procureur, en exécution des articles précédents, seront

1. Trebutien, p. 302, t. 2. Loqué, t. XXV, p. 165, Cass., 30 janvier 1818.

faits et rédigés en la présence et revêtus de la signature du commissaire de police de la commune dans laquelle le crime ou le délit aura été commis, ou du maire ou de l'adjoint ou de deux citoyens domiciliés dans la commune. Pourra néanmoins le procureur dresser les procès-verbaux sans assistance de témoins, lorsqu'il n'y aura pas possibilité de s'en procurer; chaque feuillet du procès-verbal sera signé par le procureur et par les personnes qui y auront assisté », c'est-à-dire par l'officier de police qui le dresse et les personnes qui ont déposé.

Enfin, bien que la loi suppose les procès-verbaux écrits par les officiers eux-mêmes, le procureur de la République peut se faire assister d'un greffier (1), et ce procès-verbal d'information est transmis au juge d'instruction s'il a été dressé par le procureur, au procureur à charge par lui de le transmettre à son tour au juge d'instruction, s'il a été rédigé par les officiers de police auxiliaires (2).

II. *Arrestation du prévenu.* — Une autre fonction du magistrat qui instruit en cas de flagrant délit est de procéder à l'arrestation du prévenu.

On distingue deux sortes d'arrestation.

L'une consiste dans la saisie provisoire de l'in-

1. Décret du 18 juin 1811, art. 89.

2. F. Hélie, t. III, n° 1513.

culpé ; elle ne constitue pas autre chose qu'une précaution contre la possibilité d'une fuite et n'a d'autre but que d'amener de force le prévenu devant le magistrat qui doit l'interroger.

L'autre est la mise en état d'arrestation, c'est-à-dire de détention préventive ; elle s'opère par le moyen d'une sentence véritable qui, d'une manière absolue, prive celui que l'on soupçonne de sa liberté et transforme l'inculpé en détenu.

Cette différence des deux institutions était mise en lumière par la constitution de 1791 et il faut encore, sous la législation actuelle, en reconnaître l'existence (1).

Les officiers de police judiciaire auxiliaires possèdent tous le droit d'arrestation provisoire, ils n'ont pas de la même façon celui de la mise en détention préventive.

L'art. 40, en effet, donne au procureur de la république le pouvoir de faire saisir le prévenu s'il est présent, et s'il est absent, de rendre une ordonnance pour le faire comparaître.

Cette ordonnance, est de mandat d'amener. « Le procureur, audit cas de flagrant délit, et lorsque le fait sera de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, fera saisir les prévenus pré-

1, Trébutien, t. III, chap. 5.

« sents contre lesquels il existerait des indices
« graves ; si le prévenu n'est pas présent.....etc....;
« la dénonciation seule ne constitue pas une pré-
« somption suffisante pour décerner cette ordon-
« nance contre un individu ayant domicile. Le pro-
« cureur interrogera sur-le-champ le prévenu amené
« devant lui (1) ».

Il faut donc la réunion de trois conditions :

Que le délit soit flagrant ;

Que le fait puni entraîne une peine afflictive ou infamante ;

Qu'il existe des indices graves contre le prévenu.

Cette ordonnance est très importante, car elle est irrévocable une fois prise, et le prévenu reste en état de mandat d'amener.

Seul le juge d'instruction, après l'interrogatoire, pourra mettre le prévenu en liberté, s'il ne trouve pas de présomptions suffisantes de culpabilité (2).

Ce point toutefois a été contesté et l'on a soutenu que le juge d'instruction lui-même ne pouvait, après l'interrogatoire, relâcher le prévenu (3).

Cette opinion méconnaît le caractère du mandat d'amener ; ce n'est qu'une saisie provisoire et non une mise en état de détention préventive. Il suffi-

1. F. Hélie, *De l'arrestation des inculpés en flag. délit*, t. III.

2. Art. 143 C. inst. crim. et art. 128.

3. Mangin, *De l'inst. écrite*, n° 249,

rait pour le démontrer, de rapprocher les deux parties de l'art. 40 du C. inst. crim. L'acte autorisé à l'encontre d'un prévenu absent n'est pas d'une nature autre que la saisie permise sur le prévenu présent.

En outre, elle serait en pratique des plus regrettables. Le prévenu pourra donc, dans son interrogatoire dissiper les soupçons élevés contre lui ; et il est rationnel, s'il est reconnu non coupable ou s'il est admis que les charges sont insuffisantes, que la justice ait le droit de s'arrêter dans une voie où elle ne pourrait persister sans commettre une erreur (1).

A la différence des autres officiers de police judiciaire, le juge d'instruction a le pouvoir de mettre le prévenu en état de détention préventive.

Il faut ajouter, qu'en cette matière, par application de l'art. 16 du Code d'inst. crim., les gardes champêtres et forestiers ont droit d'arrestation et sont investis d'un pouvoir particulier ; ils peuvent saisir et conduire devant le juge de paix ou le maire l'auteur d'un flagrant délit, mais la mission qui leur est confiée présente avec le droit des officiers auxiliaires du procureur de la République deux différences notables (2).

I. Ils peuvent saisir les coupables présumés, en-

1. Trébutien, *sur le mandat d'amener*, t. 2, n° 435.

2. Code de 1808, modifications apportées pour loi la de 1863.

core qu'il ne s'agisse que d'un délit puni de l'emprisonnement. En ceci leur droit est plus étendu ; il devait l'être, ces agents surveillant des lieux isolés où la constatation de l'identité des prévenus est plus difficile.

II. Ils ne peuvent par contre décerner aucun mandat d'amener ; ils se bornent à saisir l'individu présent. Leur droit est ici plus restreint que celui des autres.

La loi va plus loin : elle permet aux agents de la force publique et même aux simples citoyens témoins d'un crime puni d'une peine afflictive et infamante de saisir le coupable pris en flagrant délit et de le conduire devant le procureur de la République.

Sur quoi il faut remarquer que certainement ce n'est qu'en torturant les textes qu'on avait admis cette solution (1) d'interdire à tous agents, sauf aux gendarmes, d'arrêter le coupable d'un simple délit, car il est inadmissible que des agents de police, par exemple, restent spectateurs d'un délit, parce que ce n'est qu'un délit et laissent au coupable le temps de s'enfuir.

D'ailleurs, aujourd'hui la question a été tranchée législativement, et par la loi du 20 mai 1863, il est

1. Mangin : *inst. écrite*, n° 220. Boitard, *dr. pénal*, p. 302.

établi que l'on peut arrêter l'auteur d'un délit flagrant et puni de peines correctionnelles. Sans doute elle n'énumère pas ceux qui peuvent faire de telles arrestations, mais elle semble bien attribuer compétence à tous les fonctionnaires, agents ou officiers de police judiciaire (1).

III. *Des visites domiciliaires* : Un troisième droit qui a été accordé aux officiers de police judiciaire est celui des visites domiciliaires.

L'art. 36 du C. inst. crim. s'exprime ainsi : « si la nature du crime ou du délit est telle que la preuve puisse vraisemblablement être acquise par les papiers ou autres pièces et effets, en la possession du prévenu, le procureur se transportera de suite dans le domicile du prévenu, pour y faire la perquisition des objets qu'il jugera utiles à la manifestation de la vérité » (2).

Cet article attribue tant au procureur qu'à ses auxiliaires le droit de visite domiciliaire. Cette puissance redoutable n'appartient en temps ordinaire qu'aux seuls juges d'instruction (art. 87, 88 inst. criminelle).

Ils la possèdent dans toute sa plénitude et peuvent l'exercer soit au domicile du prévenu, soit au domi-

1. Trébutien, *inst. crim.*, t. 2.

2. F. Hélie, *De la police judic.* t. III, p. 496.

cile des tiers. La jurisprudence l'a également reconnu aux préfets (1).

Il y a donc entre le cas de flagrant délit et le cas du délit non flagrant, cette distinction à ce point de vue, que dans les circonstances normales, dans le délit non flagrant, le juge d'instruction a le droit de visite aussi bien chez le prévenu que chez les tiers ; tandis que les autres officiers de police judiciaire, qui en temps ordinaire n'ont pas ce droit, le reçoivent, au cas seul de flagrant délit, d'une façon incomplète, ne pouvant pratiquer cette visite que chez le prévenu ou encore dans les lieux publics pendant qu'ils sont ouverts (2).

Dans quelles circonstances peut avoir lieu cette visite domiciliaire ?

L'art. 359 de la constitution de fructidor an III renfermait une disposition ainsi conçue : « aucune
« visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu
« d'une loi, et pour la personne et l'objet expressé
« ment désignés dans l'acte qui ordonne la vi-
« site (3). »

Cette disposition, qui soumettait chaque visite à la condition d'une ordonnance, n'existe plus, et

1. Art. 11. *C. Inst. criminelle*.

2. Trébutien, n° 438, t. 2.

3. F. Hélie, t. 3, p. 497, *inst. criminelle*, 2^e édition.

l'officier peut d'office prendre la mesure, par cela seul qu'il la juge utile comme le dit l'art. 36.

Mais l'article 76 de la Constitution du 22 frimaire an VIII n'a point cessé d'être en vigueur. Cet article porte : « La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable. Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y rentrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison. Pendant le jour.... etc. ».

L'article 3 de notre Constitution a reproduit le principe général. « La demeure de toute personne habitant le territoire est inviolable ; il n'est permis d'y pénétrer que selon les termes et dans les cas prévus par la loi.

Il faut en conclure que les visites domiciliaires ne peuvent être pratiquées pendant la nuit. Lorsque le jour est fini, les officiers de police n'ont que le droit de cerner la maison pour empêcher toute évasion. Quant à la durée de la nuit, elle est fixée par l'art. 1037 C. civ. procéd. et par le décret du 8 août 1806.

Enfin, comme nous l'avons vu, il faut qu'il existe des indices pour que l'officier se livre à la visite domiciliaire (1), c'est-à-dire qu'il faut qu'il soit vraisemblable que la preuve du crime peut résulter des

1. F. Hélie : *inst. crim.*, t. III, p. 498.

papiers et effets qui sont en la possession du prévenu. Car, la visite est une mesure grave qui ne doit être opérée qu'à l'égard d'un citoyen déjà suspect à la justice et contre lequel s'élèvent des présomptions de crime ; c'est ce que la loi spécifie en n'ouvrant que le seul domicile du prévenu, contrairement à ce qui se produit, nous le disions tout à l'heure, quand c'est le juge d'instruction qui opère cette visite.

IV. *Saisies au cas de flagrant délit.* Les officiers de police ont aussi, toujours au cas de flagrant délit, le droit de saisir les effets et instruments pouvant servir de pièces à conviction.

L'art. 35 du Code d'inst. criminelle dit en effet : « le procureur se saisira des armes et de tout ce qui paraîtra avoir servi ou avoir été destiné à commettre le crime ou le délit, ainsi que tout ce qui paraîtra en avoir été le produit, enfin de tout ce qui pourra servir à la manifestation de la vérité » ; l'art. 37 ajoute : « s'il existe dans le domicile du prévenu des papiers ou effets qui puissent servir à conviction ou à décharge, le procureur en dressera procès-verbal et se saisira desdits effets ou papiers. »

Ces deux articles, en attribuant aux officiers de police judiciaire le droit de saisie, en cas de flagrant

délit, soumettent l'exercice de ce droit à 2 règles générales qu'ils ne doivent pas perdre de vue.

La première est que la saisie, telle qu'elle est prescrite par le Code, a pour but unique de fournir à la justice le moyen de parvenir à la connaissance de la vérité. Dans les matières fiscales, la saisie peut être considérée comme une mesure répressive ; et par suite réglée d'après les conséquences de ce principe (1) ; mais en matière ordinaire, elle n'est qu'une mesure de conviction ; elle ne s'empare des papiers, pièces, armes ou effets qu'en les considérant comme indices. C'est cette règle qui domine toutes les saisies faites par les officiers de police judiciaire et qui doit les diriger en leur indiquant dans quel sens doivent porter leurs opérations.

Une deuxième règle est que les officiers de police judiciaire, comme le juge d'instruction qu'ils remplacent, doivent instruire à charge et à décharge, c'est-à-dire qu'ils doivent saisir non-seulement les papiers et effets qui forment des preuves ou indices contre les prévenus, mais encore tous ceux qui tendraient à sa justification et constitueraient des pièces à décharge.

C'est à raison de ces caractères, que la loi a prescrit les formes dans lesquelles devait s'effectuer cette

1. F. Hélie. « Des saisies », tome III, p. 291.

saisie, afin qu'un doute ne puisse pas venir plus tard s'élever sur l'identité des objets, afin qu'on ne puisse prétendre qu'ils ne sont pas réellement les mêmes que ceux qui ont été saisis au moment de la visite domiciliaire.

Il faut donc que les choses soient closes, cachetées et mises sous scellés, et cette opération doit s'accomplir en présence du prévenu s'il est arrêté ou de son mandataire. Le prévenu doit aussi être interpellé sur ces choses, sur l'usage qu'il en faisait et les circonstances qui les ont amenées en sa possession ; et le procès-verbal, après avoir mentionné ses réponses, doit soigneusement décrire le tout, l'état des objets et indiquer les lieux où ils ont été trouvés (1).

Il importe ici encore de remarquer que la loi continue à maintenir la différence entre le juge d'instruction et les autres fonctionnaires ; ce que le premier peut faire en tous lieux et au domicile même des tiers, les autres ne le peuvent exécuter qu'au domicile du prévenu (2).

Enfin, reste le cas de réquisition du chef de maison.

1. F. Hélie, t. III, n° 1528.

2. Trébutien, t. 2, p. 306.

V. *Réquisition d'un chef de maison.* — Nous avons déjà parlé de ce qui se produit en cas de réquisition d'un chef de maison et nous aurons occasion encore d'y revenir à propos des modifications apportées par la loi du 20 mai 1863 ; c'est même le seul point intéressant qui mérite à ce sujet d'attirer l'attention en ce qui concerne la confusion faite même sous le Code de 1808, et seulement dans cette spécification de réquisition du chef de maison, entre le délit flagrant ordinaire et le fait puni d'une peine afflictive et infamante.

Ce qu'il y a à remarquer, pour le moment, c'est la proposition qui a été la source de l'art. 46, proposition qui se produisit dans la délibération du Conseil d'Etat, lorsqu'on s'occupa des règles à établir en matière du flagrant délit. M. Berlier, déclara « que les délits non flagrants se composent, en grande partie, de ceux commis dans l'intérieur des maisons ; mais qu'il faudrait admettre, que sur la réclamation du maître de maison, on peut se servir des mêmes formes de poursuite ou d'instruction que pour les flagrants délits.

L'art. 46 établit donc que les officiers de police judiciaire ont le pouvoir de constater, non-seulement les crimes, mais encore les délits commis dans l'intérieur d'une maison, sur la demande du chef de

maison, que ces faits soient flagrants ou aient cessé de l'être (1).

Mais la réquisition du maître de maison n'est pas nécessaire si des cris ou des demandes de secours se font entendre de l'intérieur ; car il peut y avoir flagrant délit aussi bien dans une maison que sur la voie publique, et les officiers de police judiciaire agissent alors simplement en vertu de leur droit d'intervention en cas de flagrant délit (2).

Cessation des pouvoirs extraordinaires conférés aux officiers de police judiciaire.

I. Les officiers de police judiciaire, jouissant dans des circonstances exceptionnelles de droits et de prérogatives qui ne sont d'ordinaire pas compatibles avec leur genre de fonctions, il est naturel que la loi leur ait laissé aussi peu de temps que possible la charge de les remplir, et qu'elle leur enlève ces droits aussitôt que le magistrat, à qui ils appartiennent, peut les exercer lui-même. La nécessité d'une action rapide est le seul mobile auquel le législateur ait

1. Mangin, n° 230.

2. F. Hélie, liv. III, p. 502.

obéi en déplaçant les pouvoirs, et le besoin ne s'en fait plus sentir lorsque les officiers compétents sont arrivés sur les lieux.

Lorsque le juge d'instruction arrive, le procureur de la République perd le pouvoir de faire les constatations ; il n'a plus que le droit de réquisition, et la jurisprudence a fait, à nombreuses reprises, l'application de cette règle (1). Il s'est présenté des cas où des constatations devenaient nécessaires après l'ordonnance de mise en prévention qui avait dessaisi le juge d'instruction. Il ne pouvait être question de flagrant délit ; dès lors les procès-verbaux dressés ne valaient que comme simples renseignements (2).

Le même phénomène se produit pour les officiers auxiliaires, lorsque le procureur de la République se présente.

Ils n'ont agi qu'à son défaut, toujours en vertu du principe que l'action immédiate était indispensable, mais aussitôt que le véritable fonctionnaire est là, les remplaçants s'effacent et remettent entre ses mains, avec les renseignements qu'ils ont pu avoir, la direction complète de l'affaire.

Le procureur peut toutefois, s'il le juge préférable, s'il croit qu'il vaut mieux ne pas se substituer à son prédécesseur, autoriser celui-ci, qui a com-

1. Cass. 19 av. 1855. Dalloz, 55, I, 269, 29 juin 1855.

2. F. Hélie, t. 3, n° 4507, Locré, t. XXV, p. 476 et 242.

mencé la poursuite, à la continuer où déléguer même tout ou partie du pouvoir à un autre officier.

Du reste, cette information hâtive se fait sous la surveillance du procureur de la République, et on doit lui renvoyer tous les actes ainsi faits par les autres fonctionnaires. Comme nous venons de le voir, lui-même, aussitôt les constatations d'urgence faites, doit les transmettre au juge d'instruction, avec ses réquisitions.

II. A ce propos, avant de terminer ce chapitre, il convient de considérer, pour avoir une idée bien nette de cette procédure du flagrant délit, les relations des officiers chargés d'exercer l'action publique avec le magistrat instructeur, et il faut pour cela se placer dans l'hypothèse ordinaire où la poursuite et l'information se trouvent séparés.

Trois principes dominant la matière :

1° L'exercice de l'action publique appartient exclusivement au ministère public.

2° Le juge d'instruction est un magistrat investi d'une juridiction véritable et rendant des décisions.

3° Il n'exerce son pouvoir que sous l'autorité de la Cour d'appel.

En appliquant ces principes, on arrive à en tirer des conséquences importantes qui résument exactement les rapports du juge d'instruction avec le pro-

cureur de la République, envisagé comme ayant la garde de l'action répressive.

Le juge d'instruction ne peut commencer aucune information, hors les cas de flagrant délit, sans un réquisitoire du ministère public ou une plainte de la victime se constituant partie civile.

En général, la mise en mouvement de l'action publique n'appartient à la magistrature que dans certains cas fort rares ; le juge d'instruction n'a pas reçu ce pouvoir. Il faut l'action d'une des deux parties qui en ont reçu le dépôt.

Il ne suffirait pas que la partie lésée portât plainte, il faut encore la constitution de la partie civile ; aussi le Code exige-t-il que le juge, quand il l'a reçue, la communique au procureur de la République.

D'ailleurs, quand le juge a donné communication de la plainte, il n'a pas à aller plus loin, et il peut, malgré l'avis du ministère public, passer outre, de même que sans avoir à attendre les réquisitions du procureur de la République, il pourra décerner le mandat d'amener et le mandat de dépôt (1).

II. Une fois saisi, le juge d'instruction peut procéder à tous les actes d'information, sans réquisition nouvelle et sans assistance du ministère public.

1. Loqué. T. XXV. p. 476. Trebutien. T. II. N° 443,

En effet, le juge d'instruction constitue une véritable juridiction, et c'est son droit, comme celui de tout tribunal, d'agir ainsi qu'il le croit utile, en restant dans les limites des pouvoirs que lui confère la loi.

Sans doute, il y a des exceptions, et comme nous venons de le voir, par exemple, avant de décerner un mandat d'amener, le juge doit demander les réquisitions du procureur, mais il n'a pas à en attendre le résultat.

III. Le juge d'instruction doit instruire, lorsqu'il est requis : mais lui seul décide souverainement à quelles mesures d'instruction il convient de procéder. Le juge d'instruction, constituant un tribunal, étant juridiction, n'a point à obéir aux réquisitions du ministère public, car on ne peut imposer une décision à un tribunal ; le principe pourtant a été contesté, et on a invoqué l'art 87 du C. inst. criminelle (1).

Mais il est certain que comme à un tribunal, auquel on ne peut dicter un errement judiciaire, on ne peut davantage dicter au magistrat instructeur sa conduite. Interpréter l'art. 87, c'était s'en tenir trop à la lettre (2) ; on n'a qu'à le rapporter aux discussions préparatoires pour acquérir la certitude

1. Carnot. T. 1. p. 975.

2. Trebutien. T. 2. p. 340.

qu'il n'a jamais été dans l'esprit du législateur d'obliger le magistrat instructeur à un déplacement qu'il considérait comme inutile (1).

IV. Le procureur et le juge d'instruction ne peuvent par leur accord arrêter l'action publique. Il était évident que l'on ne pouvait conférer à des magistrats, dont l'immixtion dans la vie des citoyens pouvait avoir des conséquences aussi graves, un pouvoir en quelque sorte sans appel au point de vue de l'obstruction que leur accord aurait été susceptible, dans certains cas, de mettre à l'action publique; aussi a-t-on admis que les décisions du juge peuvent être frappées d'opposition par la partie lésée ou le procureur général.

V. Les ordonnances du juge d'instruction sont sujettes à opposition. Cette solution a été imposée législativement par la loi du 17 juillet 1850. La jurisprudence l'avait d'ailleurs admise auparavant, car c'est le seul moyen d'obtenir la réformation des erreurs judiciaires que peut commettre le magistrat instructeur.

Enfin, cette opposition qui appartient dans tous les cas au ministère public, est accordée à la partie civile toutes les fois que l'ordonnance est favorable au prévenu, mais seulement pour ses intérêts civils,

1. F. Hélie. t. IV, n° 1616.

et au prévenu seulement lorsque la liberté provisoire lui est refusée ou lorsqu'il a soulevé une question d'incompétence.

On le voit donc, dans la pratique ordinaire de la justice, les deux magistrats, procureur et juge d'instruction, ont une mission complètement distincte et les règles les plus étroites définissent strictement de quelle façon et dans quelles conditions ils peuvent agir l'un vis-à-vis de l'autre ; l'exception apportée par la loi dans les cas de flagrant délit n'en est que plus apparente et indique bien le but qu'a poursuivi le législateur, c'est-à-dire la simplification de la procédure et la rapidité de l'information, dans des circonstances où de cette rapidité peuvent dépendre le résultat de l'enquête et en même temps être respecté le droit du prévenu à être le moins longtemps possible en butte aux tracasseries des formalités judiciaires, car même pris en flagrant délit, un prévenu ne peut encore, avant une décision d'un tribunal, être considéré d'ores et déjà comme un condamné.

Nous verrons plus loin, en nous occupant de la loi de 1863, la procédure plus rapide encore qui a été organisée, et les pouvoirs plus spéciaux qui ont été conférés aux officiers de police judiciaire, en matière de délits proprement dits.

Nous envisagerons les cas où la loi suppose que

le coupable peut être saisi, et dans ces cas elle ne s'inquiète pas du fonctionnaire qui l'a arrêté (1).

Nous verrons que le procureur de la République peut décerner un mandat de dépôt contre l'inculpé, qu'il peut l'interroger et le traduire séance tenante devant le tribunal, enfin que tout officier de police judiciaire et même tout agent de la force publique peut citer verbalement les témoins, et en même temps nous nous occuperons des préoccupations qui ont guidé le législateur dans la création de la loi nouvelle et des discussions qu'elle a soulevées.

Pouvoirs du juge d'instruction.

Nous venons de voir quelles sont les attributions respectives du procureur de la République et du juge d'instruction. Nous avons vu qu'ils reçoivent en cas de flagrant délit une exception en faveur du procureur de la République, il faut constater qu'ils en reçoivent aussi une en faveur du magistrat instructeur qui pourra se saisir d'office et commencer l'instruction sans attendre les réquisitions du procureur de la République.

1. Trébutien. Dr. criminel, tome 2 : n° 444.

C'est ce qui résulte de l'art. 59 C. i. cr., ainsi conçu.

« Le juge d'instruction, dans tous les cas réputés flagrants délits, peut faire directement et par lui-même tous les actes attribués au procureur de la République, en se conformant aux règles établies au chapitre des procureurs et de leurs substituts.

Le juge d'instruction peut requérir la présence du procureur de la République, sans aucun retard néanmoins des opérations prescrites au dit chapitre. »

Le droit pour le juge d'instruction de se saisir d'office, n'existe, disons-nous, qu'au cas de flagrant délit.

On objecte que cette restriction est arbitraire et que l'art. 59, sur lequel nous basons notre dire, a une portée plus générale ; qu'il s'applique d'après ses termes mêmes, à « tous les cas réputés flagrants délits » sans distinguer entre les crimes et les délits.

On ajoute que dans l'art. 32, le législateur ayant voulu restreindre les pouvoirs d'instruction du procureur de la République au cas de crime flagrant, a pris soin de dire que ces pouvoirs n'existeraient que dans le cas de flagrant délit « de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante » et qu'aucune li-

mitation de cette nature n'existant dans l'article 59, il n'appartient pas à l'interprète de l'établir.

Il y a à répondre que l'art. 59 ne se suffit pas à lui-même, qu'il a besoin d'être complété par les art. 32 et suivants, auxquels il renvoie pour déterminer dans quelles limites et à quelles conditions le juge d'instruction pourra commencer d'office une instruction. Or, l'une de ces conditions est précisément, aux termes de l'art. 32, qu'il y ait crime flagrant.

Le juge d'instruction qui, en cas de crime flagrant, a commencé l'instruction d'office et sans réquisition du procureur de la République, va-t-il pouvoir procéder à tous les actes qu'il peut accomplir après qu'il a été saisi par un réquisitoire du procureur de la République, ou ne pourra-t-il accomplir que les actes attribués au procureur par les art. 32 et suivants?

La question semble résolue en faveur de la seconde hypothèse par l'art. 59 qui ne permet au juge d'instruction de faire directement et par lui-même en cas de flagrant délit que « tous les actes attribués au procureur de la République, en se conformant aux règles établies au chapitre des procureurs et de leurs substituts ».

Donc ce ne serait que les actes attribués au procureur par les articles 32 et suivants, que le

juge d'instruction pourrait accomplir en cas de flagrant délit.

Il n'est pas admissible que l'art. 59 n'ait pas voulu dire autre chose. Il est la contre-partie des articles 32 et suivants : ceux-ci avaient établi au profit du procureur de la République le droit de procéder à des actes d'instruction en cas de flagrant délit : l'art. 59 a voulu que, par réciprocité et dans les mêmes circonstances, le juge d'instruction pût se saisir d'office et commencer l'instruction sans réquisitions du parquet (1).

Permettre au juge d'accomplir en cas de crime flagrant les actes de sa fonction, telle est la disposition de l'art. 59. Mais si le législateur s'en était tenu là, il serait arrivé que, dans certaines circonstances, le juge d'instruction se serait trouvé vis à vis du procureur de la République dans un état d'infériorité qui ne pouvait être admis ; par exemple le procureur a certains droits qui ne sont pas de la compétence habituelle du juge d'instruction, comme le droit d'entendre les témoins sans citation préalable, celui de faire arrêter le prévenu sur simple ordre verbal. C'est pour éviter cette infériorité, que la loi a disposé dans l'art. 59 que le juge d'instruction pourrait faire directement et par lui-même

1. Dalloz, 55, 1, 269 ; 29 juin 1855 ; 55, 1, 719 ; 57, 1, 78.

tous les actes attribués au procureur de la République, en se conformant aux règles édictées.

Le juge d'instruction qui s'est saisi d'office en cas de flagrant délit exercera donc tous les pouvoirs qui sont attachés à sa fonction par les articles 61 et suivants, plus tous ceux attribués au procureur de la République par les articles 32 et suivants, dans la mesure où ils ne se confondent pas avec les premiers (1).

La conclusion pratique de cette solution est que le juge d'instruction pourra décerner un mandat de dépôt contre l'inculpé, faire des perquisitions ailleurs qu'au domicile du prévenu (2), entendre des témoins autres que ceux indiqués par l'article 33, recevoir les dispositions de ces témoins sous la foi du serment, toutes choses que le procureur ne peut pas faire en vertu des articles 32 et suivants.

Les pouvoirs que nous venons de reconnaître au juge d'instruction lui compétent-ils également en cas de réquisition d'un chef de maison dans les termes de l'article 46 ?

La question fait l'objet d'une grave controverse.

Nous avons vu, à propos des officiers de police judiciaire, ce qui se produit dans le cas de réquisi-

1. Duverger : t. I, p. 347.

2. Trébulien, t. II, p. 302-4.

tion d'un chef de maison. Dans l'opinion qui refuse l'extension des pouvoirs du procureur au juge d'instruction; on fait remarquer que l'art. 46 a été rédigé spécialement en vue du procureur de la République et qu'il ne peut être étendu au juge qu'en vertu d'une disposition formelle.

Cette disposition existe-t-elle ? Les partisans de cette opinion soutiennent la négative et prétendent que l'article 59 ne peut en tenir lieu. Cet article, disent-ils, ne donne le droit au juge de se saisir d'office que dans les cas réputés flagrant délit ; or, la réquisition du chef de maison n'est pas réputée flagrant délit. Si le législateur a assimilé au flagrant délit ce cas spécial, c'est simplement par des raisons d'utilité pratique. D'ailleurs le législateur, à propos des officiers de police judiciaire, a soin de dire que ce n'est pas seulement au cas de flagrant délit mais encore au cas de réquisition d'un chef de maison, que ceux-ci jouiront des prérogatives du procureur de la République ; c'est dire on ne peut plus clairement qu'il n'y a pas identité mais simplement assimilation.

Malgré ces raisons, il est plus rationnel d'admettre (1) que le juge d'instruction, au cas de réquisition, aurait les mêmes pouvoirs que le procureur de la

(1) F. Hélie : dr. criminel, 2^e édition, t. 3, 4^e, 1529.

République. La loi a établi pour l'article 49 toutes les règles de faveur qu'elles a établies pour le flagrant délit. On peut donc dire que la réquisition d'un chef de maison est réputée flagrant délit.

Quant à l'argument tiré de la différence de rédaction entre l'art. 49 et 59, dont nous parlions tout à l'heure, sur ce que le législateur a spécifié pour les officiers de police judiciaire, les droits qu'ils auraient en matière de flagrant délit et au cas de réquisition, en paraissant établir une distinction, il n'y a à répondre que ceci : c'est qu'il était nécessaire d'être plus explicite vis-à-vis des officiers de police judiciaire à qui on donne des pouvoirs tout à fait exceptionnels que vis-à-vis le juge d'instruction, que l'art. 59 met tout simplement à même d'exercer ses fonctions.

Du reste, les mêmes raisons qui ont fait conférer certains pouvoirs au procureur de la République en cas de réquisition du chef de maison, existent pour le juge d'instruction, et il importe qu'il puisse, comme le ministère public, constater immédiatement les crimes ou délits commis à l'intérieur des maisons et dénoncés par le chef de la maison.

Nous avons pu voir aussi que le procureur a le devoir de commencer l'instruction, c'est seulement pour le juge un droit de le faire sans réquisitions,

en cas de crime flagrant ou de réquisition d'un chef de maison. C'est encore là une différence, comme celle consistant dans la possibilité des visites domiciliaires dont nous parlions il y a un instant et qui indique bien la non confusion, malgré les apparences, des fonctions et des prérogatives des deux magistrats (1).

Pourtant ce n'est pas l'avis de tous les auteurs et certains affirment que le juge, comme le procureur, en matière de réquisition du chef de maison, ont tous deux un devoir et pas seulement une faculté (2).

Enfin, pour le juge comme pour le procureur, il est une obligation, c'est celle du procès-verbal.

Ce procès-verbal est soumis aux mêmes règles que celui fait par les procureurs de la République agissant dans les mêmes circonstances, c'est-à-dire qu'il devra être rédigé en la présence et revêtu de la signature du commissaire de police, du maire ou de deux citoyens.

Mais il en serait autrement si le procureur de la République assistait le juge d'instruction et dans ce cas, le concours d'aucun étranger ne serait nécessaire pour la rédaction des procès-verbaux.

1. Trebutien, t, I, p. 303-6

2. F. Hélie, t, IV, p. 694 ; Duverger, t. I, p. 366.

En résumé, le juge d'instruction, en cas de flagrant délit ou de réquisition d'un chef de maison, peut se saisir d'office et une fois saisi donner à l'affaire la suite qu'elle comporte : non-lieu ou renvoi devant le tribunal compétent, sans que le ministère public puisse invoquer qu'à lui seul il appartient d'exercer l'action publique et d'apprécier l'opportunité des poursuites (1).

Des préfets considérés comme officiers de police.

En dehors des officiers de police judiciaire, légalement chargés de fonctions en rapport avec la situation qu'ils occupent, il existe un autre ordre de fonctionnaires qui, dans certaines circonstances, prennent part au fonctionnement de la machine judiciaire. L'art. 10 du C. inst. crim. dit en effet : « Les préfets des départements et le préfet de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne, sont tenus de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, conformément à l'art. 8 ».

1. Trébutien ; t, 2, inst. crim. du juge d'instruction.

Et l'art. 8 donne la définition de la police judiciaire. Par conséquent ce sont les droits de la police à Paris, pourront faire personnellement ou requérir les officiers de police judiciaire que la loi confère aux préfets. Mais ces droits subsistent-ils dans tous les cas où il y a crime ou délit, ou bien sont-ils restreints à ceux où il y a crime ou délit flagrants ?

L'art. 10 ne semble pas prêter à l'équivoque et il paraîtrait qu'il n'y aurait qu'à s'en tenir au texte sans chercher une interprétation dont le besoin ne se fait pas sentir ; mais dans les travaux préparatoires l'on trouve la trace des préoccupations du législateur et du but qu'il a paru se proposer.

Le projet de l'art. 10 présenté en 1808, voulant permettre aux préfets de constater et d'instruire les crimes intéressant la sûreté de l'Etat, les avait classés parmi les officiers de police judiciaire.

Cette disposition fut vivement attaquée et on objecta que, par ce titre, les préfets se trouvaient être sous la dépendance du procureur général et qu'il valait beaucoup mieux supprimer la qualification en conservant la fonction.

C'est ce qui fut fait ; mais il y a à remarquer que dans la discussion qui précéda le vote, il ne fut question constamment que de flagrant délit et c'est

toujours sur l'hypothèse du flagrant délit que les orateurs ont raisonné.

Quoi qu'il en soit, ce n'est pas avec des impressions qu'on peut faire une loi, et ce n'est pas d'une attitude des orateurs que l'on peut induire une interprétation, puisque le texte ne prête pas à ambigüité. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'en parlant du flagrant délit, ils ont voulu choisir simplement l'espèce la plus favorable à faire triompher leur opinion, mais s'ils avaient voulu spécialiser et restreindre, ils l'auraient dit et l'auraient marqué dans la loi.

Sans doute c'est surtout dans les cas de flagrant délit que l'intervention du préfet, dans les termes de l'art. 10, sera utile et désirable (1), mais en dehors de ces cas, on ne peut prétendre que le préfet ne soit plus officier de police et l'on ne peut mettre en balance avec un texte formel quelques passages des travaux préparatoires dont le sens est loin d'être certain.

Donc, les préfets des départements et le préfet de police à Paris pourraient, en toute hypothèse, qu'il y ait ou non flagrant délit, exercer les pouvoirs de la police judiciaire, c'est-à-dire cumuler les pouvoirs de procureur de la République, et de juge d'ins-

(1) Locré, t. XXV, p. 202 et suiv.

truction, dans la mesure où chacun de ces magistrats agit comme officier de police judiciaire.

C'est ainsi qu'ils pourraient procéder à des constatations, à des perquisitions, à des saisies (1)... etc., mais en revanche ils ne pourraient citer directement l'inculpé devant les tribunaux ou rendre après instruction, une ordonnance de renvoi devant une juridiction quelconque (2).

D'autres auteurs ne vont pas aussi loin et, adoptant une solution intermédiaire, admettent le droit pour le préfet d'exercer les pouvoirs de l'art. 10 lorsqu'il y a urgence (3) ; et dans ces cas, il devrait se borner à dresser procès-verbal, à s'emparer des pièces à conviction et à faire conduire le prévenu devant le procureur de la République, qui donnerait à l'affaire telle suite qu'il jugerait convenable.

D'autres enfin, admettant le même système, refusent au préfet le droit de décerner un mandat quelconque, sauf dans les cas de flagrant délit où il peut décerner un mandat d'amener et même un mandat de dépôt, s'il y a contravention à la défense de s'éloigner du lieu du crime (4). On ne doit pas, semble-t-il, louvoyer ainsi entre les deux opinions ;

1. Trébutien, t. II, *Inst. crim.*

2. Laborde, p. 559. *Contrà* F. Hélie, t. IV, p. 179.

3. Duverger, t. I, p. 261.

4. Schenk, t. I, p. 261.

il faut choisir l'une ou l'autre et la jurisprudence est d'accord pour adopter celle que nous énoncions tout à l'heure, l'application intacte de l'art. 10, le texte étant formel (1).

Sans doute ces pouvoirs sont redoutables, d'autant plus qu'ils existent même en matière politique ; de plus, ils sont de nature à donner naissance à chaque instant à des conflits entre les préfets et les officiers de police judiciaire, car il est difficile de préciser à quel moment le rôle du préfet devra prendre fin et quand il devra céder ses pouvoirs aux autres officiers de police judiciaire.

Les uns prétendent que le préfet, même en concurrence avec d'autres officiers de police judiciaire, n'aura pas à cesser ses fonctions, sauf en présence du procureur de la République ou du juge d'instruction (2) ; d'autres qu'il ne doit s'effacer devant le procureur que si celui-ci s'était saisi le premier, mais que si, au contraire, le préfet l'avait devancé, rien ne l'obligerait à s'abstenir.

Ici encore la solution rationnelle est l'application des principes énoncés plus haut (3), que le préfet doit s'effacer et transmettre ses fonctions aussitôt

1. D. P., 53, 1, 279.

2. Duverger, t. I, p. 268. Mangin, *Traité procès-verb.* p. 150, l'art. 10.

3. Trébutien, t. II, p. 306, 8.

qu'un officier de police judiciaire est là, car il n'y a plus à craindre alors que les preuves déperissent ou que le délit reste impuni par suite de l'absence d'un magistrat. Les fonctions des préfets ne sont, dans cet ordre de choses, que des fonctions subsidiaires ; il est naturel qu'elles disparaissent devant ceux dont les attributions sont d'agir même en concurrence avec eux.

Le projet de réforme du C. inst. crim. enlève aux préfets des départements les pouvoirs de police judiciaire, et ne les laisse subsister au profit du préfet de police qu'en cas de flagrant délit.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA LOI DU 20 MAI 1863.

Sous le Code de 1808, le flagrant délit constituait déjà une dérogation très caractérisée aux règles du droit commun, et comme nous aurons et nous avons eu occasion de le constater, le droit et la jurisprudence avaient, même avant l'admission législative des principes, admis dans la pratique une procédure particulière à raison du caractère très spécial du flagrant délit ; le Code de 1868 avait admis qu'il était nécessaire que dans certains cas l'information fût très rapide et qu'il n'y avait rien de contraire à l'esprit juridique, dans une dérogation rendue obligée par les circonstances ; la loi de 1803 alla plus loin encore, et malgré une opposition des plus violentes quand fut abordée la discussion au corps législatif, malgré les objections tirées de ce qu'il pourrait être nuisible aux intérêts sociaux d'aller trop rapidement en matière d'action judiciaire, qu'il était peut-être illogique et imprudent d'étendre aux délits cor-

rectionnels ce que le Code d'inst. crim. avait réservé aux crimes punis de peines afflictives et infamantes, en ayant eu soin de les entourer de toutes les garanties désirables (1), que le législateur donnait des pouvoirs trop étendus à des magistrats dont la fonction était d'agir tout autrement, malgré la passion que mirent aux débats des adversaires bien intentionnés sans doute, mais trop pessimistes, la loi fut adoptée et il est patent qu'elle constitue un progrès des plus réels en étant venu régler une matière dans laquelle il y avait encore trop d'indécision et où le besoin se faisait sentir de modifications en rapport avec les nécessités.

La loi de 1863 a donc tranché une foule de questions qui étaient dans le doute (2), en faisant disparaître surtout, solution qui s'imposait, les différences inexplicables qui existaient, suivant l'étiquette de leurs fonctions, entre certains agents auxiliaires du pouvoir judiciaire, comme par exemple, ainsi que nous le disions plus haut (3), entre les gendarmes et les agents de police, dans le cas de simples flagrants délits, en supprimant les distinc-

1. *Le Droit*, numéros des 23 avril et 10 novembre 1863.

2. Derôme, *étude sur la loi de 1863*, p. 21 et F. Hélie, *Inst. crim.*, t. VII, p. 615.

3. Page 25 de cette étude,

tions de la qualité des faits délictueux, suivant qu'ils étaient passibles de peines purement correctionnelles ou constituaient le crime, en un mot en ramenant autant qu'il était possible à une règle unique les dispositions visant l'exception dite de flagrant délit, et nous verrons qu'elle a perfectionné seulement plutôt que transformé le Code de 1808.

Avant cette loi, il n'y avait pas de règles spéciales à l'instruction des flagrants délits ; le fait délictueux, qu'il fût ou non caractérisé flagrant, obligeait, une fois porté à la connaissance du procureur de la république, ce magistrat à choisir entre l'un des deux partis suivants, comme nous le verrons au cours de cette étude.

Ou bien citer directement le prévenu devant le tribunal correctionnel, en vertu de l'article 182 du code d'instruction criminelle, ou bien saisir le juge d'instruction (1).

Or, ces deux modes d'agir présentaient des inconvénients.

Si le procureur saisissait le juge d'instruction, c'était d'abord un retard inévitable et parfois très préjudiciable ; car, si l'inculpé restait en liberté, le procureur ne pouvait le faire incarcérer et il devait s'en remettre au magistrat instructeur pour le mandat de dépôt.

1. Derome, *étude sur la loi de 1834*.

S'il recourait à la citation directe, en outre que le procédé n'était pas aussi rapide qu'il semblait au premier abord, puisque le prévenu devait être cité à trois jours francs aux termes de l'art. 184 du Code d'instruction criminelle et que le plus souvent les choses traînaient forcément en longueur, il fallait que l'inculpé ne fût pas en liberté et nous venons de voir que le juge d'instruction seul pouvait décerner le mandat de dépôt (1).

Le jugement d'un délit flagrant, toutes les fois qu'il y avait intérêt à faire arrêter le coupable, se trouvait donc nécessairement soumis à toutes les lenteurs d'une instruction et précédé d'une détention préventive souvent prolongée, alors que l'on avait en mains tous les éléments voulus pour juger sur-le-champ.

Ces inconvénients se faisaient plus spécialement sentir dans les centres, dans les villes importantes, où les occasions nombreuses et l'espoir d'une impunité plus probable attiraient une multitude de gens sans aveu : les prisons se trouvaient être ainsi pleines de vagabonds, arrêtés pour des délits parfois légers, et qui attendaient, détenus, la fin de l'instruction de leur affaire, ce qui pouvait traîner longtemps, les cabinets des magistrats instructeurs se trouvant encombrés d'une foule de pe-

1. Trébutien, t. 2, p. 307 et suiv.

tites affaires sans importance et qui entravaient le cours de la justice.

L'opinion publique s'était émue de cet état de choses, on avait envoyé des juristes étudier le droit des nations voisines, et c'est par un parallèle entre les diverses législations que l'on arriva à proposer au parlement une loi, qui par ses modifications, mettrait fin aux inconvénients dont nous avons parlé.

C'est surtout l'Angleterre qui fournit des exemples, et c'est chez elle que l'on puisa les principes qui servirent de règles à notre droit en cette matière ; nous allons rapidement examiner dans quelle mesure.

Mais voyons d'abord par quel procédé et à la suite de quelles transformations la procédure anglaise était arrivée à la prompte répression des délits.

Dans le droit anglais, deux grands principes sautent aux yeux :

1. Le jury est la juridiction de droit commun.
2. Il n'y a pas de ministère public ; la poursuite des crimes et délits appartient exclusivement aux citoyens.

C'est en sacrifiant ces deux principes que les juriconsultes anglais sont arrivés à établir la prompte répression des délits. Dans les délits qui se commettent journellement, le plus grand nombre est de peu de gravité, le plus grand nombre aussi possède

le caractère de flagrance et d'indéniableté ; pour le plus grand nombre, par conséquent, il faut une justice rapide et qui n'oblige pas à des longueurs inutiles. Fallait-il attendre la session du jury pour les soumettre tous à son jugement ? c'est là qu'on aurait abouti, si l'on n'avait, dès le siècle dernier déjà, compris le danger et tenté d'y remédier.

Dès 1750, on établit à Londres un tribunal de police, où devait siéger un magistrat, nommé par la couronne et dont la mission était de juger les affaires de minime importance, pour décharger le rôle du jury. C'était un premier pas vers le progrès, et les résultats en furent si appréciés, que le nombre de ces tribunaux de police augmenta et de Londres ils se répandirent dans les villes du royaume ; de plus, leurs attributions furent étendues, si bien qu'aujourd'hui, ces tribunaux fonctionnent, à côté du jury, avec une compétence très sérieuse, siégeant chaque jour et durant toute la journée. Des affaires de toute nature leur sont soumises, mais ce sont surtout les flagrants délits qui forment leur contingent le plus important (1).

Quand un individu est arrêté en flagrant délit, il est amené devant le juge de police, si l'audience dure encore, et les témoins du délit l'accompagnent

1. *Pand. franc.*, F. délit.

afin de déposer immédiatement devant le magistrat.

Si le prévenu a été arrêté par un simple citoyen, celui-ci se porte accusateur et le juge est saisi selon le droit commun. Mais si l'inculpé a été arrêté par un agent de police, la loi permet au juge de se saisir lui-même, sans qu'il soit besoin d'un accusateur, ce qui constitue une des plus grandes innovations qui aient été apportées dans la législation criminelle anglaise.

Le juge procède immédiatement à l'interrogatoire de l'inculpé, à l'audition des témoins et de la personne qui a opéré la capture, et s'il estime que l'affaire est de sa compétence et qu'il est suffisamment éclairé, il statue immédiatement. Si au contraire, il estime que l'affaire n'est pas claire, qu'il a besoin de renseignements pour se prononcer en connaissance de cause, il envoie l'agent qui a fait l'arrestation, se livrer à une enquête rapide et il reprend ensuite l'affaire et statue, si l'audience est terminée quand on amène le prévenu, ou si l'heure est trop avancée, il renvoie au lendemain, fixe rendez-vous aux témoins et s'il y a lieu, ordonne de maintenir l'inculpé en prison ; si, l'audience étant terminée, le juge n'est plus là, on garde simplement en détention l'individu arrêté jusqu'au lendemain et l'on reprendra les mêmes formalités.

Il n'est pas possible de rêver une justice plus ex-

péditive ; dans l'espace d'une heure, le délit pouvait avoir été commis et déjà jugé.

Notre loi du 20 mai 1863 a voulu imiter cette célérité, mais elle a dû, pour y parvenir, employer des moyens un peu différents. D'abord, notre législation, divergente d'avec la législation anglaise, notre machine judiciaire complètement autre, en un mot notre système national ne nous permettaient pas d'importer de toutes pièces l'institution anglaise.

Nous avons emprunté la traduction à l'audience du jour ou à celle du lendemain, mais avec une foule de modifications.

Tandis qu'en Angleterre le tribunal de police est tenu par un seul juge, que ce juge se saisit d'office et que c'est à lui seul qu'appartient le droit de faire emprisonner préventivement l'inculpé, chez nous, le jugement des flagrants délits appartient à un tribunal d'au moins trois membres, ce tribunal n'a pas le droit de se saisir d'office et il doit attendre que le ministère public se porte accusateur ; enfin, le droit de faire incarcérer l'inculpé jusqu'au moment de la comparution appartient, non à ce tribunal, mais au ministère public.

Il est facile de saisir la raison de ces différences ; c'est qu'en France, il y a le ministère public à qui de tout temps a appartenue l'initiative de la poursuite

aussi bien dans les cas de flagrant délit que dans les autres cas.

Nous verrons tout à l'heure que la loi française, en maintenant certains principes dont elle ne pouvait brutalement s'écarter, est arrivée malgré tout à un résultat à peu de choses près analogue à celui dont nous venons de parler dans la législation anglaise et qu'elle a désormais bien peu à lui envier.

Comme elle l'avait été lors de la discussion au Corps législatif, la loi, après sa promulgation, fut l'objet de critiques excessives et d'éloges dithyrambiques ; pour les uns, il était profondément regrettable de voir se substituer au juge d'instruction, garantie de la justice, le procureur impérial, puisqu'elle établissait une confusion entre l'agent chargé de condenser les peines et celui chargé de la poursuite, puisque la même autorité pourra à la fois posséder le droit d'arrestation et celui du renvoi devant les tribunaux de répression.

Pour les autres, au contraire, et c'est de ce côté que paraît être la vérité, la loi du 20 mai 1863 est basée sur ce principe qu'il faut juger simplement ce qui est simple, avec célérité ce qui ne demande aucun délai ; qu'il est plus qu'inutile, qu'il est inhumain de garder en prison des individus sous un vain prétexte d'instruction, puisque l'instruction est un vain mot dans l'espèce et qu'il est rationnel dans

ce cas de supprimer les longueurs et d'arriver aussi rapidement que possible à une solution ; d'autre part, l'intérêt de la société, dont le droit est de vouloir une sanction à toute violation de la loi, exige que la justice s'assure de la personne de l'inculpé, et de plus, en ce qui concerne l'exemple, qui est l'un des éléments à rechercher dans la légitimité de la répression, plus le châtiment sera proche de la faute, plus les conséquences pourront en être profitables.

Le point de départ de cette loi est donc puisé dans un principe d'humanité et en même temps d'exemplarité, et, à ce double titre, en admettant même, ce qui n'est pas prouvé, que dans certaines et très rares circonstances, l'effet se trouve en désaccord avec le but poursuivi par le législateur, on ne pourrait que savoir gré aux promoteurs de cette réforme de l'élévation de leurs pensées et, il faut bien le dire, du réel progrès apporté par eux dans notre droit pénal. La loi du 20 mai confère donc à l'agent de la poursuite le droit de renvoi devant les tribunaux de répression et lui confère le droit d'arrestation.

I. La loi du 20 mai confère le droit de renvoi devant les tribunaux de répression : cela est vrai, mais est-ce là qu'est l'innovation ? le Code de 1808 ne donne-t-il pas au ministère public le même droit ? L'art. 182 ne dit-il pas ? « le tribunal sera saisi, en matière correctionnelle, de la connaissance des dé-

lits de sa compétence, soit par le renvoi qui lui en sera fait d'après les articles 170 et 160, soit par la citation donnée directement aux prévenus et aux personnes civilement responsables du délit... pour le procureur impérial.

Existe-t-il une différence bien essentielle entre cet article 182 du Code d'instruction criminelle et l'art. 1^{er} de la loi du 20 mai 1863 : « Tout inculpé
« arrêté en état de flagrant délit pour un fait puni
« de peines correctionnelles est immédiatement con-
« duit devant le procureur impérial, qui l'interroge
« et s'il y a lieu, le traduit sur le champ à l'audience
« du tribunal ? » — Art. 2 : « S'il n'y a point d'au-
« dience, le procureur impérial est tenu de faire ci-
« ter l'inculpé pour l'audience du lendemain. »

Ces deux textes, celui du Code d'instruction criminelle et celui de la loi sur les flagrants délits, supposent évidemment un principe identique : c'est que le ministère public, c'est que l'agent de la poursuite peut décider *proprio motu*, le renvoi de l'inculpé devant le tribunal correctionnel.

« En effet, dit M. F. Hélie (1), un grand nombre de délits ne présentent aucune complication, leurs éléments sont saisissables et l'instruction orale suffit à les constater. — A ces délits que sert une ins-

1. F. Hélie, *Inst. crimin.*, tome VII, p. 416.

truction préalable ? elle ne fait que retarder le jugement et occasionner des frais qui retombent sur les parties. La voie de la citation directe abrège tous les délais, supprime toute procédure antérieure, amène immédiatement les parties à l'audience et remplace l'instruction écrite par l'instruction orale. Cette forme expéditive est éminemment propre au jugement des petits délits, dont la preuve est aisée et qui demandent une prompte répression (1) ».

Ce commentaire de l'art. 182 du code d'instruction criminelle ne s'applique-t-il pas très exactement à l'article 1^{er}, c'est-à-dire à la disposition fondamentale de la loi de 1863 ? et peut-on dire après cela, qu'il existe un abîme entre ces deux législations ? Dans l'un et l'autre cas, c'est ce qu'on appelle la suppression du juge d'instruction dans la situation où l'affaire ne demande aucune instruction.

La citation directe a été préférée à l'information faite par le juge d'instruction, et dès 1812, des circulaires ministérielles recommandaient aux magistrats de mener les affaires criminelles aussi rapidement que possible et de ne pas craindre d'employer les voies sommaires quand le fait était constaté et la culpabilité avouée ou évidente.

« Il ne faut instruire préparatoirement, disait une
« circulaire du 23 septembre 1812, que quand il y

1. F. Hélie, *De l'inst. crimin.*

« a incertitude sur l'existence ou le caractère du « délit ou sur la désignation des prévenus ». — Si le prévenu est arrêté, un simple interrogatoire suffit ; tout autre acte de procédure est inutile et frustratoire ; la véritable instruction est celle faite à l'audience »... et nous constatons que dans le courant de l'année judiciaire 1860, 79.622 affaires ont été déférées à nos tribunaux correctionnels par la voie de la citation directe, tandis que 49.000 seulement leur ont été déférées par des ordonnances du juge d'instruction. — Or, c'est le système de la citation directe, consacré par notre Code d'instruction criminelle, qui est développé par la loi de 1863. — La loi de 1863 ne supprime donc pas plus le juge d'instruction que ne le supprimait le Code de 1808.

M. Dalloz, dans son rapport au corps législatif, le démontrait fort bien et d'une façon irréfutable ;

« L'innovation du projet de loi, quelle est-elle ? elle consiste en deux points ;

« 1^o Dans l'extension du droit de citation directe, du procureur impérial alors qu'il y a flagrant délit (le procureur impérial avait ce droit vis-à-vis de l'inculpé maintenu en état d'arrestation) et dans la suppression du délai obligatoire, non seulement à l'égard de l'individu arrêté, mais à l'égard de celui que le ministère public laisse en liberté (1).

1. Dalloz, « discours au corps législatif ».

« 2° Dans le droit conféré au procureur impé-
rial de décerner, s'il y a lieu, un mandat de dépôt
contre l'inculpé, pouvoir réservé jusqu'ici au juge
d'instruction seul.

« (1) Votre commission, Messieurs, s'est demandé
« tout d'abord si ce mélange, qu'elle ne pouvait mé-
« connaître d'actes, de réquisition et d'informa-
« tion, jusqu'ici considérés comme incompatibles
« et ne pouvant être réunis dans la même main,
« ne constituait pas une dérogation grave aux prin-
« cipes du droit pénal, si elle pouvait du moins se
« justifier par des raisons majeures décisives.

« A cet égard, il vous a semblé incontestable
« que, si l'on veut se poser en admirateur contem-
« platif de toutes les dispositions du Code d'instruc-
« tion criminelle, sans admettre que là aussi le
« perfectionnement est possible et de droit, quand
« il se motive, on se heurte contre une fin de non
« recevoir absolue : les lois doivent être faites et se
« plier aux nécessités des mœurs, des temps, des
« besoins sociaux, refléter les progrès même de la
« civilisation, et il n'est point dans le rôle des so-
« ciétés de se mouvoir immuablement dans le cadre
« de lois qui ne sont plus adaptées à leur parfaite
« image. »

1. Trébutien, t. II, p. 305-9.

Comme on le voit et comme nous le disions plus haut, il ne s'agit nullement d'une rupture avec l'ordre de choses établi, d'une théorie inconciliable avec la législation telle qu'elle ressortait du Code, il s'agit simplement de la modification imposée par les nécessités de l'évolution sociale aux lois existantes, du développement naturel et normal de ces lois et de leur adaptation aux exigences du temps.

Et d'abord, qu'est-ce que le mandat de dépôt (1) ? c'est le mandat, en vertu duquel le procureur, sans avoir à invoquer le juge d'instruction, met l'inculpé dans l'impossibilité d'échapper à la purge de sa condamnation s'il a été condamné, ou de se soustraire à l'action de la justice si l'affaire n'a pu être portée à l'audience ou si le tribunal l'a remise à un autre jour, pour plus ample information.

Il s'en suit donc que l'inculpé peut être retenu et conduit à l'audience *manu militari*, sans mandat de dépôt, si l'affaire est jugée le jour même et si rien n'oblige à décerner le mandat pour assurer l'exécution immédiate de la condamnation.

Le Code de 1808 avait, nous l'avons vu dans notre première partie, organisé le droit d'arrestation conféré au procureur impérial et à ses auxiliaires, et il ne faut pas confondre le droit d'arrestation, ce

1. Trébutien : t. 2, *inst. cr.* n° 441. Loqué, t. XXV, p. 176 et 142. F. Hélie : t. 3, n° 1507.

qui constitue un acte de poursuite, avec le droit de le conduire devant le magistrat, ce qui n'est simplement qu'une mesure de police.

Nous ne reviendrons pas sur ce qui a été dit à propos des art. 65 et suivants du Code d'instruction criminelle, mais il est certain que si, en théorie, tout était pour le mieux ou plutôt paraissait l'être, la pratique ne répondait que bien imparfaitement au desideratum du législateur, notamment en ce qui concerne l'arrestation dans certains cas, par de simples citoyens ou des fonctionnaires de police de rang infime, ceux-ci n'étant pas le plus souvent aptes à distinguer si un fait constitue un crime ou un délit, aussi s'était-il produit peu à peu cette conséquence regrettable que le droit d'arrestation prenait de l'étendue et était exercé non-seulement, en flagrant délit, lorsque le fait emportait une peine afflictive ou infamante, mais encore lorsqu'il n'était puni que d'une simple peine d'emprisonnement, et qu'il se confondait avec le droit de saisie pour conduire devant le magistrat (1). La pratique avait donc, par une extension qui dérogeait aux principes du Code d'instruction criminelle, étendu le droit d'arrestation au profit de tous les agents de la police

1. Rodière : *C. de procéd. crim.*, p. 66 et 67. Morin : *inst. crim.*, n° 17. Bogureau : *t. 1*, p. 149. F. Hélie : *inst. crim.*, t. III, n° 4516.

judiciaire, dans tous les cas de flagrant délit, soit en matière criminelle, soit en matière correctionnelle, soit en matière de simple police.

Et à propos de simple police, on sait qu'il existe dans toute commune une prison d'un genre spécial, une maison de dépôt qu'on qualifie vulgairement du nom de violon ; est-ce que dans cette maison de dépôt, les individus arrêtés, coupables ou non coupables, qui souvent n'ont contre eux que les apparences, qui même parfois ne seront jamais traduits devant une juridiction, est-ce que ces individus ne sont pas retenus sans jugement ? Par la pratique, ce « violon » est devenu une institution d'ordre public, et la loi vivante du flagrant délit en matière de simple police.

Il faut donc conclure que le système d'arrestation réglé par le Code de 1808, était réellement insuffisant et que la loi du 10 mai 1863 a répondu à un besoin général et impérieux qui se faisait sentir d'une réglementation nouvelle.

Le ministère public, disions-nous, depuis cette loi ne relève que de sa conscience pour recourir soit à la citation directe étayée du mandat de dépôt, soit à l'information écrite. Il se trouve donc avoir l'option entre les partis suivants (1).

1. Dalloz ; rapport fait au corps législatif,

1° Ou il n'y a pas de charges suffisantes pour constituer un délit ; le fait n'est pas qualifiable par exemple : le procureur impérial ordonnera que l'inculpé arrêté soit rendu à la liberté.

2° Ou il y a soupçon de la culpabilité ; l'affaire paraît louche ; mais l'individu est domicilié, il est arrêté pour la première fois ; les renseignements pris sur lui sont bons. Le procureur impérial ne le met pas sous mandat de dépôt ; il le laisse libre et se borne à le traduire par citation directe, ou de suite à l'audience, ou à l'audience du lendemain ou de tout autre jour. Là, il n'y a pas de détention préventive, par conséquent, il n'y a pas d'urgence absolue dans le jugement immédiat, pas de nécessité rigoureuse de la procédure sommaire : cependant, l'esprit de la loi est la célérité imprimée au jugement — avec ou sans détention — et bien qu'il n'y ait pas grand intérêt à l'accélération du jugement pour le prévenu, le procureur impérial, laissé juge du plus ou moins de convenance qu'il y a, à user ou des délais ordinaires ou des délais plus courts autorisés par les dispositions proposées, devra se guider par l'esprit de célérité dans les procédures que le projet a eu en vue d'introduire.

3° Ou il s'agit d'un vagabond, d'un repris de justice, d'un récidiviste ; le procureur impérial n'a aucune garantie que l'individu, s'il est relaxé, se re-

présentera à l'audience ; il devra en conséquence décerner contre lui un mandat de dépôt et le traduire sur le champ devant le tribunal correctionnel.

4° Ou il arrivera que l'affaire sera plus grave encore ; elle ne peut être élucidée que par une information minutieuse ; il y a présomption que l'inculpé a des complices, le flagrant délit n'est que l'un des éléments de la culpabilité ; il met sur la trace d'une série d'autres délits non flagrants. Dans des cas semblables, la traduction immédiate n'est pas conciliable avec les intérêts de la vindicte publique et ceux de la défense ; le droit commun reprend son empire, le procureur défère l'inculpé, en la forme ordinaire, au juge d'instruction.

En outre, l'examen préalable du procureur impérial, son intervention, entre l'erreur possible, par exemple, du commissaire de police et la comparution devant le tribunal, est une sage précaution ; car, cet examen d'un magistrat, — dont tous les scrupules seront tenus en éveil et par sa propre conscience, et par les avertissements de ses chefs et pour les leçons même qu'il pourra recevoir du jugement d'acquittallement, — permettra au doute de se résoudre sans publicité, dans le cabinet du procureur. Si l'innocence est reconnue, elle l'aura été sans la comparution et la publicité de l'audience, au profit de

l'inculpé qui appréhende toujours de paraître devant les juges.

L'innovation était admise, la réforme acceptée, mais il fallait que cette innovation pût porter ses fruits et que des obstacles ne vinssent pas se mettre en travers des conséquences heureuses de la nouvelle loi ; or, puisque le principe était de diminuer les longueurs, de hâter la solution des procès correctionnels, il était indispensable de diminuer en même temps les délais inutiles.

Dans cet ordre d'idées, l'ancien Code et la loi de 1863, ont des points de contact et des divergences.

L'art. 184 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « il y aura au moins un délai de trois jours, outre un jour par trois myriamètres, entre la citation et le jugement, à peine de nullité de la condamnation qui serait prononcée par défaut contre la personne citée. Néanmoins cette nullité ne pourra être proposée qu'à la première audience et avant toute exception et défense.

Trois jours suffisaient donc, mais la loi n'a point frappé de nullité la poursuite qui n'aurait pas respecté ce délai. La cour de Cassation a décidé que l'art. 184, ne détermine pas, en matière correctionnelle, de délai pour la validité de la citation ; que ce n'est qu'entre la citation et le jugement, qu'il persiste un intervalle de trois jours, à peine de nullité

seulement de la condamnation qui interviendrait par défaut ; que cette nullité n'a pas été étendue, comme en matière de police, à la citation ; d'où il suit que l'effet de la citation est maintenu, le Tribunal saisi, et que, par une autre conséquence, elle reste un acte de poursuite qui interrompt la prescription (1).

Si une citation est donnée à trop bref délai, il arrive que le prévenu comparaît ou ne comparaît pas.

S'il ne comparaît pas, le tribunal dont le devoir est de vérifier la régularité de la citation avant de prononcer, n'est pas obligé de donner défaut ; il peut surseoir, de ce que le délai légal n'a pas été observé. Cette mesure ne porte aucune atteinte à la citation qui conserve tous ses effets légaux ; elle ne fait que compléter le délai qu'elle avait régulièrement mesuré (2).

Le prévenu peut d'ailleurs renoncer au délai de 3 jours :

L'art. 184, reproduisant les dispositions de l'art 193 du Code de procédure civile et de l'art. 146 du Code d'instruction criminelle, déclare que la nullité du jugement par défaut ne pourra être proposée qu'à la première audience et avant toute exception

1. Cass. 25 fév. 1819., 2 avril 1819., en sens contr. 15 nov 1841.

2. Cass. 2 oct. 1840.

et défense. Si le prévenu peut renoncer à faire valoir ce moyen de nullité, à plus forte raison peut-il renoncer au délai lui-même ; il est même censé y renoncer, par cela qu'il ne l'oppose pas *in limine litis*.

Si le prévenu comparait, il ne pourra pas demander la nullité de la citation ; il aura seulement la faculté de demander le renvoi de la cause à un autre jour, en se basant sur ce que le délai légal n'a pas été observé, et le Tribunal devra lui accorder la remise.

M. Faustin Hélie, sur ce point, est absolument d'accord avec cette théorie.

« En matière de police, le délai de comparution n'est que de 24 heures ; en matière correctionnelle, il est de trois jours.

En matière de police, le délai de 24 heures peut encore être abrégé, et la comparution peut avoir lieu le jour même de la citation, en vertu de l'autorisation du juge de paix.

L'art. 184 n'a pas reproduit cette abréviation facultative, et il faut en conclure qu'en matière correctionnelle, le prévenu ne peut, en aucun cas, être privé du délai qui a été fixé par la loi.

Enfin, en matière de police, l'art. 146 prononce la nullité tant de la citation donnée au mépris du délai légal, que du jugement qui sera rendu par défaut..... l'art. 184, au contraire, ne prononce pas

l'annulation de la citation, mais seulement du jugement.

Il résulte de ces différences que la loi, préoccupée de l'importance des poursuites correctionnelles, a voulu assurer aux prévenus un délai qui fût en rapport avec cette importance.

Il a paru que trois jours devaient suffire pour préparer la défense, rassembler les preuves, rechercher les témoins et les faire assigner. Ce délai doit être suffisant en effet, à l'égard des petits délits ou des délits spéciaux, dont les éléments sont simples ou presque patents.

Quant aux délits complexes, qui n'ont pas été l'objet d'une instruction préalable, les prévenus peuvent demander au tribunal une prolongation de délai, et rien ne s'oppose à ce qu'elle soit accordée, si elle est nécessaire à leur défense.

Mais la loi s'est bornée à poser le délai de trois jours entre la citation et l'audience ; elle n'a point voulu frapper de nullité la poursuite qui n'aurait pas respecté ce délai ; elle se contente de la suspendre. Ainsi, il a été jugé « que si l'art. 146 veut qu'en matière de police, la citation ne puisse être donnée à un délai moindre que 24 heures, outre un jour par trois myriamètres, à peine de nullité tant de la citation que du jugement qui serait rendu par défaut, l'art. 184 ne détermine pas en matière correction-

nelle le délai pour la validité de la citation ; que ce n'est qu'entre la citation et le jugement qu'il prescrit un intervalle de trois jours, à peine de nullité seulement de la condamnation qui interviendrait par défaut, que cette nullité n'a pas été entendue, comme en matière de police, à la citation ; d'où il suit que l'effet qu'elle a eu de saisir le tribunal est maintenu, et que, par une autre conséquence, elle reste un acte de poursuite qui a celui d'interrompre la prescription (1).

La loi de 1808 avait, on le voit, pour but de donner au prévenu le droit d'exiger ce délai de trois jours ; c'était donc imposer aux juges l'obligation de l'accorder.

Or, cette idée se retrouve dans la loi de mai 1863.

« En effet, tout inculpé, dit l'art 1^{er}, arrêté en état de flagrant délit..... est immédiatement conduit devant le Procureur qui l'interroge, et s'il y a lieu, le traduit sur le champ à l'audience du tribunal.

S'il n'y a point d'audience, le Procureur est tenu de faire citer l'inculpé pour l'audience du lendemain. Le tribunal est au besoin spécialement convoqué.

Si l'inculpé le demande, le tribunal lui accorde un délai de trois jours au moins, pour préparer sa défense.

1. F. Hélie, des trib. correct. t. 7, § 547.

C'est là exactement le délai prescrit déjà par le Code de 1808, et ce délai est encore ici obligatoire, si le prévenu en fait la demande.

De plus, si l'affaire n'est pas en état, le tribunal en ordonne le renvoi à l'une des plus prochaines audiences, et s'il y a lieu, met l'inculpé en liberté provisoirement, avec ou sans caution. Ainsi, voici la différence entre le code de 1808 et la loi nouvelle :

« Là où le premier laissait une faculté, celle-ci impose une obligation ; tandis que sous l'empire du premier le prévenu pouvait être cité, sans qu'il y eût nullité de la citation, pour l'audience du jour, du lendemain ou du jour suivant, sous la loi du 20 mai l'inculpé doit être cité pour l'audience du jour ou pour celle du lendemain ; mais, analogie complète, il peut demander les trois jours auxquels il a droit.

D'ailleurs, depuis longtemps déjà, comme nous en avons fait la remarque plus haut, dans la pratique, avant qu'on ait légalement spécifié les rapidités de procédure, en matière de flagrant délit, dans les ressorts des cours d'appel importantes, les magistrats devançaient la loi de 1863, et en appliquant l'esprit 40 ans peut-être avant que la lettre en fût consacrée par le Corps législatif et le Sénat, démontraient ainsi son utilité. La Cour de cassation, le 18 av. 1822, décidait que la comparution volontaire et spontanée des prévenus, sur simple avertissement,

sans citation préalable, pouvait valablement saisir les tribunaux correctionnels. Toute question de délai était alors supprimée, puisqu'il suffisait au prévenu de comparaître et par ce seul fait, la justice était saisie.

Mais qu'arrivera-t-il, ou plutôt quelle solution acceptera-t-on en matière de jugement par défaut ?

La loi du 20 mai n'a point l'air de prévoir le cas ; en réalité, si elle n'en parle pas catégoriquement, il n'y a qu'à se rapporter à ces textes, pour comprendre ce qu'elle doit prescrire.

Une première observation à faire, c'est que sous une loi visant les flagrants délits, c'est-à-dire faite pour les individus arrêtés au moment même de l'accomplissement de leur acte, ce que les Romains appelaient « *ipso facto* », les jugements par défaut doivent se présenter assez rarement, mais ils sont pourtant possibles.

L'art. 1^{er} de la loi dit, on s'en souvient, que « l'inculpé est traduit sur le champ à l'audience du tribunal. S'il comparait, il est jugé contradictoirement, à moins qu'il ne déclare faire défaut ; mais, puisque présent, il a le droit de faire défaut, le tribunal a donc forcément, lui aussi, le droit correspondant, c'est-à-dire de prononcer par défaut, séance tenante, par cela même que le prévenu est en somme présent ou qu'il doit être considéré, même défaillant théori

quement, comme étant là, assistant au jugement qui sera prononcé contre lui. S'il ne comparait pas, s'il a été mis en liberté avant l'audience, il peut être jugé par défaut, si la citation lui a été remise par huissier dans les délais voulus, fixés par la loi de 1863 ; non, si la citation a été purement verbale, la citation verbale n'étant pas en effet dans la lettre de la loi (1).

« Le vœu de la loi est que la citation à l'inculpé soit, autant que possible, verbale et donnée sans frais, » dit pourtant M. Dalloz dans ses observations sur l'art. 1^{er}, mais il n'en parle pas au sujet de l'art. 2 pour le cas de comparution le lendemain, et du reste, en matière de jugement, il ne suffit pas que l'on puisse interpréter, il faut un texte, et M. Dalloz même sur l'article 1^{er} emploie l'expression « autant que possible ».

Si le prévenu est cité devant le tribunal, suivant la loi du 20 mai, alors qu'il n'a pas été pris en flagrant délit, il pourra être jugé par défaut, si le Tribunal a été régulièrement saisi, quoiqu'à trop bref délai, mais seulement quand les délais ordinaires seront expirés ; de même, il sera jugé contradictoirement, suivant les formes du flagrant délit, quand comparaissant, il a été arrêté et cité, bien que n'é-

1. Trébutien, t. 2, p. 307.

tant coupable que d'un délit ordinaire et n'ayant pas été pris sur le fait.

Sur ce dernier point il y a pourtant controverse, et il semblerait logique que le tribunal, s'inspirant de l'art. 5, remît à plus tard la reprise de l'affaire.

Enfin la loi du 20 mai confie au procureur l'interrogatoire du prévenu.

« Qu'est-ce que cet interrogatoire ? est-il purement verbal ? doit-il être constaté par écrit ?

Le législateur aurait bien fait peut-être de se contenter d'un interrogatoire verbal lorsque l'inculpé est laissé en liberté, d'exiger un interrogatoire écrit lorsque l'inculpé est placé sous mandat de dépôt, mais il garde le silence. Que décider ? Sans doute dans les travaux préparatoires, l'on voit bien que le législateur a voulu autant que possible substituer l'instruction orale à l'instruction écrite.

Mais qu'est-ce que l'instruction orale dans le langage juridique ?

C'est celle qui se fait à l'audience, qui se fait publiquement, oralement, c'est vrai, mais qui cependant est constatée judiciairement momentanée par la main du greffier.

L'on voit encore que le texte n'exige pas que cet interrogatoire soit constaté par écrit, mais dans les matières criminelles, l'on sait qu'un interrogatoire

non constaté n'est pas un interrogatoire « *pro nihilo habetur.* »

Il sera donc sage et prudent de recevoir toujours l'interrogatoire dans les formes accoutumées, c'est-à-dire par écrit et avec l'assistance du greffier, de le recevoir ainsi dans les cas surtout où il doit être suivi d'un mandat de dépôt, car il devient alors la pièce justificative de ce mandat (1).

Enfin, que décider ou plutôt comment interpréter l'art. 6 de la loi de 1863 : « que l'inculpé soit immédiatement et nonobstant appel mis en liberté. »

Devra-t-il aussi être mis en liberté de plein droit, s'il n'est condamné qu'à une simple amende ?

Non, car ce ne serait pas juridique, mais le tribunal tourne la difficulté en levant le mandat de dépôt, ce qui comme résultat en arrive absolument au même.

Donc, pour nous résumer sur ces différents points.

La loi du 20 mai 1863, exige, pour que la procédure qu'elle innove puisse être appliquée, que trois conditions soient réunies :

1° Qu'il y ait flagrant délit.

2° Que l'inculpé ait été conduit devant le procureur de la république.

1. Derome ; sur la loi de 1863,

3° Que le délit ne soit ni un délit de presse, ni un délit politique, ni un délit dont la procédure est réglée par une loi spéciale.

Il faut ajouter une quatrième condition apportée par l'art. 44 de la loi du 27 mai 1885: que l'inculpé ne soit pas relégable (1).

Enfin, l'on peut en proposer une cinquième, qui semble résulter des travaux préparatoires et d'un texte du code d'instruction criminelle, c'est que le délit emporte au moins la peine d'emprisonnement.

L'art. 1^{er} dispose: « il faut qu'il y ait flagrant délit ». La loi de 1863 est restreinte en cas de délit flagrant par cet article qui dispose que tout inculpé arrêté en état de flagrant délit pour un fait puni de peines correctionnelles est immédiatement conduit devant le procureur qui l'interroge, et s'il y a lieu le traduit sur le champ à l'audience du tribunal.

Dans ce cas le procureur peut mettre l'inculpé sous mandat de dépôt.

Ce que le législateur a voulu, c'est étendre la qualification de flagrant délit, c'est rendre la loi de 1863 applicable (2) aux cas prévus par l'art. 44, c'est ne pas laisser les agents de la poursuite sans pouvoirs vis-à-vis de faits délictueux, parce qu'ils ne

1. Loi du 27 mai 1885. (relégation).

2. En sens contraire : St Claude 3 août 1863.

constitueraient pas le fait puni d'une peine afflictive et infamante, comme sous l'empire du code de 1808.

La traduction immédiate et le mandat de dépôt aux mains du procureur de la république n'offrent pas de sérieux dangers, lorsque le coupable est pris sur le fait, au moment où il accomplit ou vient d'accomplir un acte délictueux, parce que le délit est évident (1), indéniable, exposé aux regards de tous. Mais en est-il de même quand il est poursuivi par la clameur publique ou quand il est trouvé porteur d'effets compromettants ? On s'en est rapporté sur ce point à la sagesse du ministère public ; on lui a conseillé de faire l'application de la procédure nouvelle presque exclusivement aux deux premiers cas de l'art. 41 ; il eût mieux valu lui retirer toute latitude sur ce point et renfermer ses pouvoirs dans les limites plus étroites, qu'on s'est borné à indiquer.

De certaines espèces en matière de flagrants délit (loi de 1863).

L'application de la loi n'est pas toujours aussi simple qu'elle le paraît au premier abord : certains

1. Derôme, loi de 1863, p. 39.

délits flagrants; semblant réunir toutes les conditions exigées par la loi de 1863, échapperont en effet à la procédure du flagrant délit. Nous allons le voir en examinant quelque espèces délicates.

I. — La mendicité et le vagabondage sont des délits par eux-mêmes flagrants (1); un mendiant, un vagabond n'est poursuivi que lorsqu'il est pris sur le fait; il semble par suite que tous les délits de vagabondage, de mendicité pourraient être soumis à la loi de 1863, surtout si l'on considère que ces délits offrent toujours une grande simplicité et ne nécessitent jamais une instruction préparatoire.

Cependant, il est des cas où la loi de 1863 ne pourra pas être appliquée : Lorsqu'un mendiant se trouvera dans les conditions prévues par l'art. 275 du Code pénal, c'est-à-dire sera valide et aura été pris en état de mendicité dans un lieu où il n'existe pas d'établissement public organisé afin d'obvier à la mendicité, le fait d'avoir été pris en flagrant délit de mendicité, ne suffira pas pour qu'il soit punissable, il faut en outre qu'il soit coutumier du fait; c'est seulement dans ce cas qu'il pourra être poursuivi conformément à la loi sur la mendicité et le vagabondage.

Le procureur de la république, avant de traduire cet individu devant le tribunal, devra donc s'assu-

1. Morin, *Dict. dr. crim.*, t. I.

rer qu'il se trouve bien dans les conditions voulues pour que le fait soit punissable, et pour se renseigner, il lui faudra un temps plus ou moins long, selon que le mendiant sera un étranger ou un homme du pays. Si le mendiant a été arrêté à sa résidence, l'agent qui l'aura arrêté connaîtra en général ses antécédents et sera en mesure de fournir au procureur les renseignements nécessaires ; dans ces conditions, le procureur pourra traduire l'inculpé à l'audience du jour ou à celle du lendemain. Mais, s'il a besoin de s'adresser à un parquet voisin, les renseignements qu'il demandera mettront souvent plusieurs jours à lui parvenir et il devra renoncer la plupart du temps à appliquer la loi de 1863 (1).

De même, lorsqu'un individu est arrêté en état de vagabondage, il y aura lieu de rechercher s'il est réellement sans domicile certain et s'il n'exerce habituellement ni un métier ni une profession (art. 270, C. p.).

De l'adultère.

II. Un délit spécial par son caractère de flagrance inséparable de son existence même est le délit

1. St-Malo, 10 juin 1862 ; Rennes, 25 juin 1863, D. P., 63, 2, 206.

d'adultère, et il est intéressant d'envisager à ce propos les particularités qui peuvent se produire.

L'adultère, que l'on a défini la violation, corporellement consommée, de la foi conjugale, a été, au point de vue de la répression, frappé de peines tantôt excessives tantôt au contraires très légères, suivant les législations, et cette répression pour atteindre son but, devait être en rapport avec les mœurs, qu'il faut réformer avant de recourir aux dernières rigueurs : c'est ce qui explique l'indulgence des lois modernes, à l'égard d'un délit que l'opinion publique excuse trop souvent (1).

Le Code pénal de 1810 a réglé cette matière par ses articles 324, 336, etc., dont les motifs ont été ainsi exposés au Corps législatif : « Il est une infraction aux mœurs, moins publique que la prostitution érigée en métier, mais presque aussi coupable...etc., et les dispositions pénales admettaient (art. 324) que dans le cas d'adultère, prévu par l'art. 336, le meurtre commis par l'époux sur son épouse ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit, dans la maison conjugale est excusable.

(2) Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité, seront outre le fla-

1. Morin, *Dict. droit crim.* t. I, p. 90.

2. Morin; *Dict. dr. crim.* t. I, p. 93.

grant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. Les éléments essentiels de l'adultère, sous l'effet du Code de 1808, sont : 1^o la consommation d'un commerce charnel entre deux personnes de sexe différent ; 2^o l'existence d'un lien conjugal entre l'une d'elles et une tierce personne ; 3^o l'intention criminelle, dans le fait de la personne mariée. Il faut de plus, pour l'adultère du mari, que sa concubine soit par lui entretenue dans la maison conjugale. Quant à la complicité, il y a controverse sur les questions constitutives (1).

En ce qui concerne le droit du mari, l'ancien droit avait consacré cette règle, attestée par Loysel, que « l'on ne peut accuser une femme d'adultère, si son mari ne s'en plaint », *maritus genitalis thori solus est vindex*, parce que, disait-on, si le délit n'est pas prouvé pour le mari, il ne l'est pour personne ; s'il consent à pardonner à sa femme, la société n'a plus d'intérêt à la déclarer coupable (2).

Il en serait ainsi dans notre législation suivant l'exposé des motifs de l'art. 336 C. pénal où M. de Montseignait disait : « L'adultère est moins un délit contre la société que contre l'époux qu'il blesse dans son amour-propre, sa propriété, son amour ».

1. Nous verrons plus loin ce qu'est devenu ce délit de nos jours et les modifications apportées à la loi.

2. Nouveau Denizard, t. I, p. 268.

Mais, entre l'ancien droit et le nouveau il restait cette différence que tandis que le mari était investi de l'action publique dans la poursuite de l'adultère, son droit sous le Code de 1810 se borne à mettre en mouvement ou arrêter l'action publique et à faire cesser la condamnation prononcée ; c'est-à-dire qu'il a un droit de veto et de grâce, ce qui n'empêche pas que la poursuite et la répression du délit n'aient lieu dans l'intérêt de la société, comme pour tous les autres délits (1).

La loi n'exige que la dénonciation du mari pour que l'action publique puisse être exercée, et il faut une plainte spéciale et directe, conforme aux articles 71 et 63 code d'inst. crim, articulant positivement l'adultère de la femme, avec ou sans indication, du complice (2) ; mais, dès qu'il y a dénonciation expresse et régulière de l'adultère, l'action publique est mise en mouvement et appartient au ministère public, qui peut même poursuivre le complice ainsi que la femme, quoique le complice n'ait pas été dénoncé, parce que l'action ne saurait être scindée.

La poursuite est tellement aux mains du ministère public, qu'il peut agir seul, qu'il peut seul requérir la peine et qu'il a même le droit d'interjeter seul appel, quoique le mari demeure inactif et tant

1. Morin, *Dr. crim.*, p. 95, t. I.

2. Carnot, *F. Hélie*, t. 3, p. 72.

que celui-ci n'arrêtera pas la poursuite par un désistement ou ne créera pas une fin de non recevoir par réconciliation. Enfin, toujours par application du code de 1808, l'adultère peut se prouver :

L'adultère de la femme par tous les genres de preuves qu'admet le Code d'instr. crim. ; par procès-verbaux comme par témoins, sans que l'on puisse invoquer l'exception qui a été introduite pour le complice seul par l'art. 328 (1).

Relativement au mari, tous les moyens ordinaires sont également admissibles ; les présomptions fournies par un procès-verbal peuvent même valoir preuve suffisante.

Quant au complice, après les preuves de flagrant délit, de toutes les moins équivoques, les tribunaux ne pourront admettre que celles qui résulteraient des lettres ou autres pièces écrites par le prévenu.

S'appuyant sur la définition du flagrant délit « qui se commet actuellement ou vient de se commettre », invoquant les art. 32 et 49, qui veulent que le flagrant délit soit immédiatement constaté par procès-verbal et audition de témoins, on a soutenu qu'il fallait que le délit d'adultère fût constaté *hic et nunc*, sans quoi la preuve ne serait plus recevable

1. Mangin, n° 140.

(1) ; mais ce système, qui avait prévalu, fut proscrit plus tard, et la loi, dit-on, ne veut pas que l'adultère soit immédiatement constaté, et les faits qui le constituent peuvent s'établir soit par procès-verbaux, soit par la déclaration des témoins.

La jurisprudence moderne a-t-elle admis ces principes ? Y a-t-il eu des réformes et des modifications survenues sur la matière découlant soit de lois particulières soit des lois concernant le flagrant délit ? C'est ce que nous allons examiner.

La compétence en matière d'adultère, comme en tout autre délit, appartient en principe au juge du lieu où le délit a été commis ou au juge du domicile du prévenu, ou encore au juge du lieu où l'arrestation a été opérée.

Mais la preuve peut-elle être faite comme pour tous autres délits ?

Il faut distinguer suivant que cette preuve est envisagée au point de vue de l'époux coupable ou du complice.

Contre l'époux adultère, toutes les preuves de droit commun sont admises, et l'art. 328 c. p. qui limite les preuves admissibles contre le complice ne lui est pas applicable (2).

Contre le complice, le flagrant délit étant, avec la

1. Morin. *dict. dr. crimin.* t. 1, p. 400.

2. Cass. 13 mai 1843, D. t. 1. 319.

preuve par écrit, la seule preuve de l'adultère, il importe d'en fixer la nature et de déterminer exactement quels sont les éléments qui peuvent permettre au juge de déclarer que le flagrant délit a été constaté.

Nous avons vu comment se définit le flagrant délit et nous n'y reviendrons pas ; peut-on dire pourtant qu'il y a flagrant délit quand les témoins ne déposent pas dans un temps très voisin du délit ?

La Cour de cassation (1) a jugé sur ce point que, pour qu'il y ait flagrant délit, il suffit que le fait ait été vu par des témoins au moment même où il se commettait, ou du moins que ses auteurs aient été vus, au moment où le délit venait de se commettre, dans une situation de nature à ne laisser aucun doute sur l'acte qui venait de s'accomplir.

L'art. 41, ni aucun autre, n'exigent que les témoins fassent leur déposition dans un temps plus ou moins rapproché de celui du délit (2) ; Il a été jugé dans ce sens que l'art. 3338 c. p. n'exige pas que la preuve produite soit exclusivement celle du flagrant délit, au moment de sa consommation, et qu'il suffit

1. Cass. 27 av. 1849. Trib. Nyons, 26 nov. 1863, (*Journal ass. Grenoble* 2867, p. 443.

2. Cass. 20 sept. 1823.

que l'on établisse des faits d'une nature telle qu'ils le supposent nécessairement (1).

Deux arrêts de la Cour de Paris (2) du 13 mars 1826 et du 8 juin 1837, un arrêt de la Cour de Poitiers du 24 mars 1842 ont repoussé l'application à ce cas de l'art. 42. C. inst. C., en décidant que l'art. 338 c. p. n'ayant point déterminé la nature des preuves qui doivent être exigées pour la constatation du flagrant délit d'adultère, les faits qui constituent ce flagrant délit peuvent s'établir conformément aux art. 189, 154 et 211 du c. inst. crim (3).

Il y a évidemment flagrant délit d'adultère lorsque les deux complices sont trouvés couchés ensemble (4).

- Le flagrant délit peut suffisamment résulter de la déposition du mari constatant qu'il a trouvé de grand matin sa femme couchée avec un homme qu'elle cherchait à cacher. Du reste, l'appréciation des juges sur ce point est guidée par la jurisprudence et les principes établis par le code : « Les juges n'ont qu'à consulter le code d'instruction criminelle, pour savoir si le fait constitue un flagrant délit, et qu'à prononcer comme jurés et dans leur intime convic-

1. Bourges. 27 août 1840. D. Rép. V. *adultère* n° 112.

2. S. 27, 2, 17. D. P. 34. 2, 241).

3. Chauveau et F. Hélie, 1^{er} édit. t. 6, p. 259.

4. Paris, 1^{er} déc. 1865 (Rec. arr. Paris 1866, p. 892.)

tion sur la suffisance et l'insuffisance des preuves (1). La conséquence à tirer de cette marche progressive de la jurisprudence est qu'il faut, en définitive, éviter de confondre la culpabilité du complice, qui ne peut être prouvée que par le flagrant délit, et le flagrant délit lui-même qui peut être prouvé par le droit commun.

L'art. 378 C. c. a seulement pour objet de faire rejeter les témoignages qui ne porteraient pas sur le fait même du flagrant délit. L'existence des faits qui constituent le flagrant délit d'adultère se prouve donc, comme tous les faits soumis à la juridiction correctionnelle, par des procès-verbaux, des rapports, des dépositions des témoins, des aveux, conformément aux articles 154, 189, 211 C. inst. crim. Là, comme dans toutes les questions de fait, le juge est souverain et peut à son gré, une fois éclairé, décider que les faits sont ou ne sont pas prouvés (2).

Il résulte de ceci, de cette souveraineté du pouvoir du juge, qu'il peut puiser sa conviction de l'existence du flagrant délit dans tous les éléments de nature à établir pour lui que le complice d'adultère a été surpris *in ipsa turpitudine* (3).

1. Vatismesnil : Encyclop. du droit, V. adultère.

2. Chauveau-Hélie : théorie C. Pénal. 1^{re} édit. t. 6, p. 256.
Bedel : traité de l'adultère n° 34.

3. Cass. 27 avril 1866 : 5. 67. 1. 138, D. P. 66. 1. 409.

Et par exemple, il n'est pas nécessaire qu'il soit même prouvé au juge, selon la rigueur des formules de l'ancien droit, qu'un témoin ait surpris le complice *in rebus veneris, solus cum sola...* etc... Il a pu être jugé, par exemple, que le flagrant délit était suffisamment établi, lorsqu'un témoin a surpris le complice avec la femme sur ses genoux, et quoique habillés l'un et l'autre, dans une attitude et un désordre de vêtements qui ne permettaient pas de douter que l'adultère ne vînt à l'instant de se commettre, s'il ne se commettait pas actuellement.

Pourtant l'on ne peut, malgré la latitude d'appréciation laissée au juge, aller jusqu'à dire que tous faits se rattachant plus au moins au délit peuvent être retenus comme preuves ; et ces preuves ne pourraient se tirer, par voie d'induction, de ces faits, par cela seul qu'ils en supposeraient l'existence. Il faut des preuves positives du délit qui vient de se commettre. Il doit en être ainsi quand même la femme serait, pour le même fait, condamnée par le même jugement comme coupable d'adultère.

La preuve testimoniale n'est recevable, contre l'époux coupable, que lorsqu'il s'agit d'établir à son égard le flagrant délit, c'est-à-dire la consommation même de l'adultère, mais non dans le cas où l'on voudrait prouver des faits accessoires, desquels

on induirait par des présomptions, quelque graves qu'elles fussent, l'existence du délit.

La loi de 1853 peut-elle être applicable à l'adultère ?

Il semblerait que ce devrait être, l'adultère étant un délit simple, manifeste et pour lequel une instruction préparatoire est tout à fait superflue. Cependant la loi de 1863 ne devrait pas lui être appliquée (1).

Le législateur a considéré que la punition de l'adultère jetterait le trouble dans la famille, mettrait au cœur des époux une inimitié mortelle et qu'il fallait laisser au mari, le meilleur juge en l'espèce, le soin de prendre l'initiative des poursuites ; dans cette pensée, il a subordonné à une plainte du mari l'exercice de l'action publique. Il a fait plus encore, pensant que le mari, après avoir dénoncé, sous le coup de l'outrage, l'adultère de sa femme, pourrait ensuite regretter d'avoir porté plainte et revenir sur sa décision, il lui a permis d'arrêter à tout moment les poursuites en se désistant (2).

Il est conforme, on le voit, au vœu du législateur, que la poursuite du délit d'adultère ne soit pas menée précipitamment, et qu'on laisse au mari le temps de changer d'avis et de se ressaisir. En faisant l'ap-

1. Morin : journal D. crim. 1863, p. 229, note 10. Dutruc. Code de la détention prévention nos 4 et 19.

2. Pandectes françaises, adultère, p. 740.

plication de la loi de 1863, on irait trop rapidement, on enlèverait au mari tout moyen de revenir sur sa plainte et on rendrait peut-être irréparable une situation qui est encore possible d'être dérangée par le mari, et le pardon qu'il accorderait à sa femme coupable.

III. La loi de 1863, avons-nous dit, ne s'applique qu'aux flagrants délits punis de peines correctionnelles. Cette formule peut-elle s'appliquer à certains faits qui ont le caractère de crimes, mais qui sont soumis à la compétence des tribunaux correctionnels et punis de peines correctionnelles ?

Ainsi, plaçons-nous dans l'hypothèse prévue par l'art. 68 du code pénal :

« L'individu âgé de moins de seize ans, qui n'aura pas de complices présents au-dessus de cet âge et qui sera prévenu de crimes autres que ceux que la loi punit de la peine de mort, de celle des travaux forcés à perpétuité, de la peine de la déportation ou de la détention, sera jugé par les tribunaux correctionnels qui se conformeront aux articles ci-dessus.

Si l'on admet que le crime puni de peines (1) correctionnelles aux termes de l'art. 68 du code pénal ne change pas de nature et reste crime malgré la peine de délit qui lui sera appliquée, si l'on consi-

1. Sirey : 91. 1. 432.

dère non la juridiction à laquelle il sera soumis, mais ce qu'il est en réalité, indépendamment de l'âge de celui qui s'en est rendu coupable, il est certain que la procédure des flagrants délits ne serait pas de mise, et qu'à un fait criminel on ne pourra pas appliquer la procédure réservée aux simples délits.

Mais, si l'on envisage autrement la question, toute autre aussi est la solution.

Les peines qui sont prononcées contre le mineur par le tribunal sont, aux termes des articles 66 et 67 C. p., des peines correctionnelles ; c'est la preuve que la loi assimile le fait pour lequel le mineur est poursuivi, à un véritable délit, puisque d'après l'art. 1^{er} du Code pénal, « l'infraction punie d'une peine correctionnelle est un délit », et s'il est flagrant rien ne s'oppose à ce qu'il soit jugé selon les formes de la loi de 1863 (1).

Mais le procureur n'est jamais obligé d'employer la procédure du flagrant délit, et, en fait, certains parquets ont établi en principe, que les mineurs ne seraient jamais traduits en justice selon les formes de la loi du 20 mai 1863 ; et ce principe, ils l'ont posé non-seulement en ce qui concerne les mineurs justiciables des tribunaux correctionnels par appli-

1. Rousset : application de la loi des flag. délits. *Revue critique*, t. 27, p. 97.

cation de l'art. 68 du Code pénal, mais d'une façon générale, quelle que soit la nature du délit commis.

Sans doute, il y a des raisons à invoquer en faveur de cette pratique ; le mineur de 16 ans traduit sur le champ à l'audience ne sera pas en état de se défendre utilement, la publicité de l'audience pourra le troubler, et le tribunal ne pourra pas, par quelques questions posées à la hâte, se rendre un compte exact de son état et du degré de responsabilité qui lui incombe dans l'acte qu'il a commis.

Au contraire, sa comparution dans le cabinet du juge d'instruction, seul, sans public qui l'effraie, pourra amener l'enfant à répondre franchement aux questions qui lui seront posées et le juge pourra en connaissance de cause se faire une opinion.

L'instruction préparatoire aura aussi cet avantage de permettre au juge de se renseigner sur la famille du prévenu, de faire une enquête sur sa moralité et ainsi de pouvoir indiquer au tribunal s'il y a danger ou non à lui remettre l'enfant, après arrêt prononcé.

Enfin, le mineur, s'il n'est pas jugé immédiatement, pourra échapper à la honte d'une condamnation si l'assistance publique ou une société fondée pour le relèvement moral des enfants abandonnés, vient demander son élargissement, et si le procureur

de la république consent à abandonner les poursuites.

Malgré toutes ces raisons, il n'y a pas, semble-t-il, à poser en principe que la loi de 1863 ne s'appliquera pas aux mineurs.

C'est d'abord contraire à l'esprit de la loi qui veut que le procureur de la république apprécie, dans chaque espèce particulière, s'il y a lieu ou non d'appliquer la procédure des flagrants délits et qu'il n'abdique pas sa faculté d'option en se liant par avance par une règle générale.

Généralement, la non application de la loi sera peut-être une bonne mesure ; mais, dans certains cas, si l'on est en présence d'un enfant particulièrement vicieux que l'on n'abandonnera certainement pas à une société de patronage et pour lequel n'existent pas les raisons de ménagements à prendre dans l'interrogatoire, pourquoi ne pas s'en tenir simplement aux textes et agir comme en matière de flagrant délit ordinaire.

En passant, il est bon de rappeler que le projet de réforme du Code d'instruction criminelle (texte de la commission de la chambre des députés) porte que la loi de 1863 ne sera pas applicable aux mineurs.

Nous avons vu aussi qu'il fallait, pour que la loi

de 1863 puisse être appliquée, que l'inculpé ait été arrêté et conduit devant le procureur de la république, car lorsqu'un individu arrêté en flagrant délit est amené devant le procureur, celui-ci a immédiatement en mains tous les éléments nécessaires pour le traduire devant le tribunal : l'inculpé est présent, les témoins l'accompagnent, le fait est évident, indéniable. Au contraire, quand l'inculpé est en liberté, sa traduction devant le tribunal demandera un certain temps, il faudra rassembler les témoignages, procéder à une instruction complète ; la poursuite aura perdu d'autre part le caractère de spontanéité qu'elle avait dans le premier cas et le mandat de dépôt pourra devenir une arme dangereuse dans la main du procureur de la république (1). Il est naturel qu'on recoure alors aux voies ordinaires.

III. Il faut qu'il ne s'agisse ni d'un délit de presse, ni d'un délit politique, ni d'un délit dont la procédure est réglée par des lois particulières.

Cette troisième condition a été insérée dans la loi pour aller au-devant (2) d'une objection que ses adversaires n'ont pas manqué de lui faire et l'art. 7

1. Trébutien : t. 2, *inst. crim.*, p. 308.

2. Sirey, lois et codes annotés. Dalloz : (disc. sur la loi de 1803), t. 1, p. 100.

a été conçu dans la pensée de bien montrer que le projet de loi ne cherchait à répondre qu'à un sentiment d'humanité et n'était en rien une façon de créer, par cette procédure spéciale, une arme politique.

Il était bon d'ailleurs de ne pas soumettre à cette procédure rapide les délits politiques et les délits de presse ; les uns et les autres ont la propriété de passionner vivement les esprits, et les soumettre à un jugement immédiat au moment même où ils viennent d'être commis, c'eût été exposer le magistrat à ne pas se prononcer avec le calme et le sang-froid nécessaires ; d'autre part, il n'y avait pas en cette matière à redouter que les auteurs ne se déroberent aux poursuites ; les délits peuvent souvent être l'expression d'opinions très loyales, et ils méritent dans ce cas qu'on les discute, qu'on les combatte, s'il est nécessaire, mais avec d'autres armes et d'une autre façon qu'on ne le fait vis-à-vis de vagabonds et de voleurs.

Ainsi l'omission par un député de faire la déclaration de candidature prescrite par la loi du 17 juillet 1889, constituera un délit politique, qui devra être soustrait à la procédure des flagrants délits (1).

1 : Lyon , 27 Mars 1871 D. R. S. p. 463.

Quant aux délits prévus par la fin de l'art. 7, il ne s'agit pas de tous les délits prévus et punis par des lois particulières, mais de ceux dont la procédure est réglée par des lois particulières. Ainsi il n'est pas douteux que les délits de pêche échapperaient à l'application de la loi parce que la loi du 15 avril 1829, relative à la pêche fluviale, a établi pour ces délits une procédure particulière.

En serait-il de même pour les délits de chasse ? ou en d'autres termes, la loi du 3 mai 1844 établit-elle une procédure particulière ? Il est vrai que l'art. 24 dispose que :

« Dans les 24 heures les procès-verbaux des gardes seront, à peine de nullité, affirmés par les rédacteurs devant le juge de paix ou l'un de ses suppléants, ou devant le maire ou l'adjoint, » de même l'art. 26 dit que la poursuite d'un délit de chasse par le ministère public sera subordonnée à une plainte de l'intéressé, quand le délit n'aura pas été commis sur un terrain clos et attenant à une habitation ou sur des terres non encore dépouillées de leurs fruits ; mais ces dispositions n'ont d'autre but que de subordonner la poursuite à la réunion de certaines conditions et elles n'établissent aucune règle particulière de procédure. Par conséquent les délits de chasse restent soumis à la loi de 1863.

4 : Il faut que la poursuite ne soit pas susceptible d'entraîner la relégation.

Cette quatrième condition est écrite dans la loi du 28 mai 1886 qui a établi dans nos codes la peine de la législation.

La relégation consiste dans l'internement dans certaines colonies des condamnés, qui, en l'espace de 10 ans, ont encouru un certain nombre de condamnations. Le nombre de ces condamnations varie suivant qu'elles ont été plus ou moins graves ; mais à partir du moment où le prévenu a atteint le chiffre maximum, il suffira souvent d'une peine très légère pour que la relégation puisse être prononcée. Le législateur, eu égard aux conséquences d'une condamnation intervenue dans ces circonstances, n'a pas voulu que l'individu, placé dans les conditions pour être relégué, soit traduit devant le tribunal suivant la procédure de la loi de 1863.

« Lorsqu'une poursuite devant un tribunal correctionnel sera de nature à entraîner l'application de la relégation, il ne pourra jamais être procédé dans les formes édictées par la loi du 20 mars 1863 sur les flagrants délits. »

On a voulu que le tribunal, avant de prononcer une peine d'exil perpétuel, ait le temps d'examiner minutieusement les antécédents de l'inculpé et s'il

est digne de pitié, abaisse la peine dans une proportion suffisante pour qu'elle n'entraîne pas la relégation.

Il résulte de ceci que le ministère public ne devra jamais traduire un prévenu devant le tribunal selon la procédure du flagrant délit, sans se préoccuper de savoir s'il n'est pas susceptible de la relégation, et sans s'être procuré son casier judiciaire.

D'ailleurs, même avant la loi de 1885, il était d'usage, dans les parquets, de faire venir les casiers judiciaires des prévenus, car outre le cas de récidive, il importait toujours aux juges de savoir, pour baser leur verdict, quel genre d'individus ils avaient devant eux et s'ils méritaient leur bienveillance ou leur sévérité.

Peut-on dire pourtant, que l'obligation pour le procureur de se procurer le casier judiciaire mettra obstacle, dans nombre de cas, à l'application effective de la loi de 1863 ?

Non, car souvent l'inculpé a son casier judiciaire soit au greffe du tribunal de l'arrondissement dans lequel il a été arrêté, soit dans un arrondissement voisin, et l'on peut être mis en possession de ce casier en temps utile ; du reste, si le casier n'arrivait pas avant l'audience fixée, le procureur aurait la faculté, admise dans la pratique, quoiqu'irrégulière, de citer l'inculpé d'après la procédure du flagrant

délit et de demander au tribunal le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure pour plus ample information.

A côté de ce casier existe à Paris une institution qu'on appelle le « sommier judiciaire », et qui assure efficacement la pratique de la loi de 1863. La préfecture de police centralise pour chaque individu condamné les condamnations prononcées soit en France soit dans les colonies françaises; c'est en quelque sorte le double du casier judiciaire; et quand il est nécessaire au ministère public d'avoir les renseignements sur un prévenu, il demande un extrait « du sommier judiciaire ». Journallement, sur des extraits de ce genre, la procédure des flagrants délits est appliquée.

Le « sommier judiciaire » n'est cependant pas sans présenter certains inconvénients, car il n'est mis à jour que dans les trois mois, tandis que le casier doit réglementairement porter le relevé de toutes les condamnations prononcées, relevé que chaque greffe de tribunal est tenu de faire parvenir quotidiennement au greffe du tribunal dans le ressort duquel est né le condamné.

V. Il faut (1) que le délit n'emporte pas une sim-

1. Le Poittevin « dictionnaire formulaire des parquets » 2^e éd. t. 2. p. 482.

ple amende : « Cette dernière condition ressort de l'ensemble des travaux préparatoires ; il est incontestable que le législateur a eu constamment en vue des délits susceptibles d'entraîner au moins la peine d'emprisonnement. Ce qui le prouve bien, c'est le droit donné au procureur de décerner le mandat de dépôt (1), droit qui deviendrait inadmissible contre un individu punissable d'une simple amende, puisqu'aux termes de l'art. 94 du C. inst. crim. le juge d'instruction lui-même ne peut avoir ce droit.

Avant de passer à l'étude des immunités parlementaires, examinons en détail ce dont nous avons eu occasion de parler déjà au cours de ce travail, ce qui se produit dans le cas où la loi de 1863 a été appliquée alors qu'elle n'aurait pas dû l'être. Par exemple, le procureur de la république a traduit l'inculpé à l'audience du jour ou à celle du lendemain et décerné peut-être même contre lui un mandat de dépôt. Ou bien il a employé la procédure des flagrants délits quand l'inculpé est relégable, quand la peine est une simple amende, ou bien encore quand le délit se trouve dans ce cas prévu par l'art. 7 de la loi de 1863, c'est-à-dire que c'est un délit de presse, un délit politi-

1. Trébutien. t. II, inst. criminelle, n° 441.

que, ou un délit dont la procédure est réglée par une loi spéciale.

Que fera le tribunal ?

Suivant certains auteurs, le tribunal, quand il s'aperçoit qu'un prévenu a été cité devant lui à tort d'après la procédure du flagrant délit, doit d'office relever la nullité de la procédure et renvoyer le procureur de la république à se pourvoir d'une façon régulière.

D'où il s'en suit que le tribunal aurait le droit (1) d'examiner si le fait qui lui est soumis est un flagrant délit et s'il a été valablement saisi, de même qu'il aurait le droit et le devoir de le faire si le ministère public le saisissait d'un fait compris dans l'exception formelle de la loi de 1863 (2).

Dans une autre opinion, le tribunal ne peut pas relever d'office la nullité de la procédure, mais il doit, sur la demande de l'inculpé, se dessaisir et renvoyer le procureur de la république à se pourvoir comme il l'entendra.

Dans une troisième enfin, en partant de ce principe que la loi de 1863 a eu pour but d'apporter des modifications aux règles de droit commun en ce qui concerne l'instruction de certains délits, on admet

1. Arrêts : Angers, 23 juin 1863 : Rennes 25 juin 1863.

2. Controversé, *Revue critique de législation*, livraison d'août 1863. Morin : *journal de droit criminel*, août 1863.

que toutes les fois que les conditions requises pour l'application de la loi de 1863 ne se trouveront pas réunies, on retombera dans le droit commun et on en fera l'application.

1° Voyons le cas où le prévenu a été traduit à l'audience sur simple citation verbale.

Si le prévenu accepte l'instance, la nullité n'a plus à être soulevée, car du moment que le principal intéressé ne soulève pas de difficultés, il n'y a aucune raison pour ne pas passer outre. S'il déclare faire défaut ou s'il soulève l'irrégularité de la procédure, le tribunal devra surseoir à son prononcé jusqu'au moment où il devra être saisi normalement par une citation conforme à l'art. 184 du C. I. Cr.

2° Si l'inculpé est traduit sur citation par huissier. Ici encore, s'il comparait et accepte l'instance, tout est arrangé et la procédure suit son cours.

S'il ne comparait pas ou déclare faire défaut, le tribunal ne peut pas juger par défaut, parce que la citation a été donnée à trop bref délai ; et il doit renvoyer l'affaire à une audience ultérieure de façon qu'il y ait un délai de trois jours francs entre la citation et le jugement, conformément à l'art. 184 du C. I. Cr...

De même si le prévenu invoque l'irrégularité de la citation, le tribunal doit surseoir et renvoyer l'affaire.

faire jusqu'au moment où un délai de 3 jours francs se sera écoulé à partir de la citation.

En tout ceci, en somme, il y a simplement la mise en pratique des règles du droit commun : la loi de 1863 a été appliquée dans un cas où elle ne devait pas l'être, la citation a été donnée pour l'audience du jour ou pour celle du lendemain, il est naturel d'admettre que la citation sera traitée comme toute citation donnée à trop bref délai.

Une autre question se pose encore : l'inculpé a été mis sous mandat de dépôt ; que va devenir ce mandat ?

De même que tout à l'heure, la loi de 1863 ayant été appliquée à tort, il ne faut songer à lui faire produire aucun effet. Le procureur de la république, en temps ordinaire, n'a pas le pouvoir de discerner des mandats de dépôt, par conséquent il faut trancher la question comme s'il avait décerné ce mandat dans une affaire quelconque et décider que ce mandat est nul de plein droit, quelle que soit la décision du tribunal : condamnation de l'inculpé, qui a consenti à être jugé, renvoi de l'affaire à une autre audience afin de compléter les délais de la citation, refus de juger pour saisine irrégulière.

II. Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse suivante : « le tribunal a employé à tort la procédure

du flagrant délit, et la nullité n'est pas couverte parce que l'inculpé n'a pas accepté formellement ou tacitement d'être jugé selon les formes rapides de la loi de 1863.

Le jugement de première instance est porté devant la Cour d'appel et la nullité de la procédure est invoquée.

1^o Annulation de la procédure : Le tribunal correctionnel a jugé à tort selon la procédure des flagrants délits et aucun acte ultérieur n'est venu couvrir la nullité résultant de ce que le prévenu n'a pas reçu une citation régulière ou a été cité à trop bref délai. Tout a été irrégulier, par conséquent tout doit être annulé par la Cour (1).

D'autres opinions, qui ne paraissent pas devoir être acceptées bien que certaines jurisprudences aient paru vouloir les consacrer, ont soutenu, pour l'hypothèse particulière de la relégation, que la Cour saisie de la nullité devait bien prononcer cette nullité du jugement et de la procédure, mais laisser subsister l'acte qui saisit le tribunal.

D'après cette théorie, la loi de 1863 pourrait par conséquent être appliquée à un relégable dans la mesure où elle ne porterait pas atteinte aux droits de

1. Sic. Tournade : *Commen., loi récidiv. Jury.* note Sirey, 1886. 2. 65.

la défense (1) ; ainsi le tribunal serait valablement saisi à condition de désigner un défenseur d'office au prévenu et de renvoyer à une date ultérieure. S'il omettait de procéder ainsi, la Cour appelée à statuer déciderait que le tribunal de première instance a été valablement saisi, mais a eu tort d'employer la procédure rapide de la loi de 1863, et elle se bornerait à annuler le jugement et la procédure, qui seuls se trouvent viciés (2).

2° Du mandat de dépôt délivré par le procureur de la république : ce mandat certainement ne sera pas maintenu. La loi de 1863 a été mal employée, par suite tous les actes qui sont une dérogation admise au droit commun et justifiés par cette loi, deviennent nuls par le fait que la loi n'était pas applicable. C'est le devoir de la cour d'appel de lever le mandat de dépôt qui ne peut être décerné par le procureur de la république dans le cas où la procédure des flagrants délits est applicable.

3° : Sur le fond : La Cour d'appel, après avoir prononcé la nullité, aura-t-elle à statuer au fond ?

L'art. 213 du C. i. cr., nous dit dans quelles circonstances une Cour d'appel doit statuer :

1. Comment prat. p. 68 et 70.

2. Angers : 27 j. 1863, S. 1863. 2. 229.

« Sile jugement est annulé pour violation ou omission non réparée de formes prescrites par la loi à peine de nullité, la Cour statuera sur le fond. »

Y a-t-il ici violation ou omission non réparée des formes ?

La nullité provient de ce que la citation a été donnée verbalement ou de ce que, régulière en la forme, elle a été donnée à trop bref délai, sans que dans l'un et l'autre cas, l'acquiescement de l'inculpé soit venu couvrir cette nullité.

C'est bien là une violation ou une omission non réparée des formes prescrites, par conséquent, l'on se trouve bien dans les termes de l'art. 215, et il paraît certain que la Cour d'appel doit statuer au fond.

Il est vrai qu'on a prétendu que la décision au fond, par la Cour enlèverait au prévenu les garanties d'une justice réfléchie et que la cour, agissant ainsi, commettrait la même irrégularité que le tribunal, dont la décision vient devant elle, pour être réformée, puisque, devant prononcer que ce tribunal a été dans son tort passant outre à la procédure, c'est-à-dire en admettant les formes de la loi de 1863 alors qu'elles n'étaient pas de mise, elle agit absolument de même et s'assimile ainsi le vice de la procédure de première instance.

1. Rennes, 27 j. 1863. S 1863. 2. 229,

Mais il n'y à répondre qu'une chose, c'est que si l'on veut l'annulation de la décision du tribunal, c'est par suite de la rapidité trop grande avec laquelle il a jugé, c'est à cause de la promptitude de la procédure employée à tort : ou, il n'y a plus à craindre le même inconvénient, car il s'écoule forcément un temps assez long entre le moment du prononcé du jugement par le tribunal et le jour de la décision de la cour ; le prévenu aura donc tous les délais nécessaires à la préparation de sa défense.

Enfin, il n'y a pas davantage à admettre que la Cour ne peut statuer au fond, par la raison qu'il faut une instruction préalable. La loi de 1863, pas plus que celle de 1885, n'empêche le ministère public ou la partie civile de citer directement l'individu relégable, ou coupable, par exemple, d'un délit de presse ou d'un délit politique. Et par suite, rien ne fait obstacle à ce que la Cour puisse se saisir directement de l'affaire et statuer au fond.

Nous allons maintenant envisager une dernière particularité inhérente à la matière de flagrant délit et étudier les immunités parlementaires.

Des immunités parlementaires.

Dans tous les pays, c'est une règle admise qu'un membre du Parlement ne peut pas être poursuivi par l'autorité judiciaire sans une autorisation préalable de l'Assemblée dont il fait partie.

Un seul Etat fait exception, c'est la Suède, où la poursuite des membres du Riksdag peut avoir lieu sans autorisation aucune.

En France, dans toutes les constitutions, on retrouve l'application de ce principe, bien que le but poursuivi n'ait pas toujours été le même ; tantôt c'était pour éviter des vengeances et des représailles politiques, tantôt pour rehausser le prestige de la fonction, et alors l'on accordait l'immunité, non seulement au cours des sessions, mais encore d'une façon permanente.

De nos jours, une autre considération a guidé le législateur ; il a voulu non seulement éviter que le gouvernement pût se servir d'un droit d'arrestation comme une menace contre ceux qui pourraient être des adversaires, mais surtout qu'il ne pût en usant de ce droit, faire arrêter au moment opportun pour lui, un membre du Parlement dont il aurait à redouter l'influence.

Ce danger n'existait qu'au cours des sessions, car il est bien évident qu'en dehors de cette époque, le membre du Parlement devient un simple citoyen, au moins en ce qui concerne cet ordre d'idées ; la constitution de 1875 a donc été bien et justement inspirée en décidant « qu'au cours des sessions, aucun sénateur ou député ne peut être poursuivi sans l'autorisation de la Chambre à laquelle il appartient ; hors session, les sénateurs et députés cessent d'être soumis à ce régime d'exception et peuvent, comme tout citoyen, être poursuivis et arrêtés sans aucune autorisation ».

Toutefois, une arrestation opérée ou une poursuite commencée hors session devrait être immédiatement suspendue, si le Parlement, entrant en session, la Chambre à laquelle appartient le membre arrêté ou poursuivi, ordonnait de faire cesser la détention, ou de suspendre la poursuite.

Ainsi, inviolabilité des sénateurs et députés au cours des sessions, consistant dans la nécessité pour le ministère public de demander l'autorisation de la Chambre dont fait partie le coupable, pour exercer des poursuites contre lui ou pour procéder à son arrestation ; telle est la règle posée par la loi du 16 juillet ; mais, à peine ce principe est-il posé, que la loi elle-même y apporte une dérogation en décidant qu'au cas « de flagrant délit » un sénateur ou

un député pourra être arrêté et poursuivi suivant la procédure de la loi du flagrant délit, et sans qu'il soit besoin de l'autorisation de l'Assemblée à laquelle il appartient.

Art. 14 de la loi du 16 juillet 1875 : « Aucun
« membre de l'une ou l'autre Chambre ne peut,
« pendant la durée de la session, être poursuivi ou
« arrêté en matière criminelle ou correctionnelle
« qu'avec l'autorisation de la Chambre dont il fait
« partie, sauf le cas de flagrant délit. »

Par suite, tout sénateur ou député qui, au cours d'une session, se serait rendu coupable d'un délit flagrant et aurait été surpris, serait, comme nous venons de le dire, poursuivi et arrêté comme un simple particulier.

D'ailleurs, la poursuite ou l'arrestation d'un membre de l'une des deux Chambres, opérée au cours d'une session, à la suite d'un flagrant délit, devrait être suspendu sur-le-champ, si la Chambre dont fait partie le membre arrêté le requerrait.

La loi a considéré sans doute qu'il serait choquant de subordonner à l'autorisation du pouvoir législatif l'arrestation et la poursuite de l'auteur d'un crime ou d'un délit, lorsque la flagrance rend la culpabilité du prévenu évidente et indéniable et qu'il y a intérêt à empêcher sa fuite.

Mais, nous l'avons vu, le député ou sénateur peut

être mis en liberté immédiatement, sur la réquisition de la Chambre dont il fait partie. C'était, en quelque sorte, dans une certaine mesure, un pas vers l'autorisation des Chambres pour l'arrestation en cours de session, même en matière de flagrant délit.

Aussi, la question fut-elle discutée et de nombreux adhérents affirmèrent-ils que la raison et la logique devaient exiger, pour qu'un membre du Parlement fût arrêté, que cette arrestation eût l'autorisation de la Chambre à laquelle il appartient, quel que soit le fait délictueux ou criminel, flagrant ou non flagrant (1).

Voici à propos de quelles circonstances la discussion fut reprise. Un député, à l'occasion de manifestations du 1^{er} mai, s'était livré à des violences de langage et à des voies de fait à l'encontre des agents chargés de maintenir l'ordre; arrêté sur-le-champ, il avait été retenu quelques heures, puis remis en liberté sur un ordre du préfet de police. Le fait était flagrant; on se trouvait rigoureusement dans les termes de l'art. 14, il n'y avait donc qu'à agir suivant les formes prescrites, sans aucune demande d'autorisation, jusqu'à ce qu'une réquisition des membres de la Chambre se produisît, si elle avait à se produire.

1. Séance du 20 mai 1893. *J. o.*, 25 mai 1893.

Mais il n'en fut pas ainsi, et le procureur général adressa au président de la Chambre des députés une demande en autorisation de poursuites, à laquelle le rapporteur de la commission, chargé de l'examiner, répondit que l'autorisation était nécessaire pour permettre au parquet de poursuivre, car l'inculpé, membre du Parlement, bien que le fait à lui reproché constituât un flagrant délit, n'avait pas été traité suivant la procédure du flagrant délit ; que d'ailleurs, il y a controverse sur le point de la nécessité de demande d'autorisation préalable à la Chambre ; dans tous les cas, si l'arrestation est possible, une fois opérée, une autorisation est nécessaire pour que des poursuites puissent être exercées.

L'argumentation du rapporteur était donc basée sur ces deux considérations :

1° La non observation des règles du flagrant délit ;

2° La nécessité de l'autorisation, sinon pour l'arrestation, du moins pour les poursuites.

Pour soutenir ce second point, le rapporteur se basait sur un certain nombre de constitutions antérieures, entre autres la constitution de l'an III et celle de 1848, qui formulaient clairement cette règle.

Il semble qu'il y a une objection évidente et qui saute aux yeux, c'est que sur le premier point : « La

procédure établie par la loi de 1863 n'est pas obligatoire pour le parquet qui peut fort bien, en cas de flagrant délit, employer la voie de l'instruction ou celle de la citation directe. »

Mais la mise à l'instruction, pas plus que la citation à trois jours francs, n'a pas pour effet de faire perdre au fait son caractère de flagrance et de le soustraire aux règles qui régissent le flagrant délit.

Sur le second, les termes de l'art. 14 de la loi du 16 juillet 1895, sont tellement formels qu'il n'y a pas à soulever de controverse.

Malgré cette évidence, il s'est fréquemment produit des incidents et des tentatives pour tourner la loi de 1875 ou la faire modifier.

C'est ainsi qu'à la séance de la Chambre des députés, du 19 janvier 1892 (1), un ministre sénateur s'étant livré à des voies de fait sur la personne d'un député, le procureur général refusa de poursuivre, parce que le président de la Chambre ne l'avait pas informé du délit.

Et cependant, l'on ne peut admettre que l'art. 14 de la loi de 1875 puisse être battu en brèche par un simple article de règlement intérieur comme l'est l'art. 129 du règlement intérieur de la Chambre ou l'art. 114 du règlement intérieur du Sénat.

1. *J. o.*, 20 janvier 1892.

Peut-on dire que ces articles consacrent l'inviolabilité des locaux parlementaires ! Mais où se trouve le principe de cette inviolabilité ? Ce n'est certainement pas dans l'art. 13 de la loi du 16 juillet 1875 « qu'aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions. »

L'inviolabilité des locaux parlementaires n'existe qu'autant qu'il s'agit de protéger la liberté du vote, mais il est inadmissible qu'on puisse l'invoquer et qu'on interdise l'accès du Parlement au ministère public, quand il s'agit de la constatation d'un délit de droit commun, autre que ceux dont nous venons de parler.

A ce propos de l'inviolabilité, une nouvelle question se pose. Un flagrant délit se commet dans le palais de l'une des deux Chambres par un membre du Parlement : le ministère public qui veut arrêter ou poursuivre le coupable (soit après avis du bureau ou du président, soit même sans avis si l'on admet notre opinion), doit-il demander l'autorisation de la Chambre dont fait partie le coupable ?

Il ne peut y avoir de difficulté ; nous sommes en présence d'un flagrant délit, et il n'y a encore qu'à appliquer la loi. Pourtant, dans la pratique, ce n'est pas ce qui se produit.

Quoi qu'il en soit, et quelles que soient les usages et les dérogations amenées aux principes par des raisons de convenances particulières ou des considérations de pratique, il faut conclure :

Qu'en vertu de l'art. 14 de la loi de 1875, tout flagrant délit commis par un sénateur ou par un député, en quelque lieu que ce soit, donne au ministère public le droit d'agir comme vis-à-vis un particulier, sans avoir à demander aucune autorisation ni demander aucun avis officiel.

Enfin, il est bien entendu que tout ce qui se dit du flagrant délit, s'entend *lato sensu*, c'est-à-dire à *fortiori* en matière de crime flagrant.

Maintenant qu'il est patent que l'on doit envisager le flagrant délit d'un membre du Parlement comme celui d'un particulier, encore faut-il bien définir dans quels cas existe ce flagrant délit (1).

Sur ce point, il est rationnel de se reporter à l'art. 41 du Code et de s'en tenir aux définitions qu'il donne du flagrant délit, c'est-à-dire que le ministère public a le droit de poursuivre un sénateur ou un député sans autorisation, quand le délit se commet ou vient de se commettre, que le coupable est poursuivi par la clameur publique, qu'il est trouvé saisi d'effets, armes..., etc...

1. *Cours de droit constitutionnel* de M. Chavegrain. 1894-95.

III. Nous avons vu dans quelle considération d'ordre public le législateur a puisé le principe de l'immunité et de l'inviolabilité parlementaire.

Nous avons vu que l'on pouvait craindre que l'autorité judiciaire n'empêchât les députés d'exécuter leur mandat, ce qui se serait produit si les juges avaient pu prendre des mesures de contrainte contre les membres des deux Chambres et avaient pu les empêcher de siéger (1).

Et à côté de cette immunité, on n'a pas voulu non plus que l'autorité judiciaire puisse peser sur le vote des députés en séance; on a établi l'immunité à l'occasion des discours, opinions et votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. La police de l'assemblée n'appartient ni au judiciaire ni au gouvernement (2).

L'origine de la garantie politique est en germe dans la loi anglaise (3). Dans cette loi, l'autorisation de poursuivre n'est exigée qu'en matière criminelle et civile. Le Parlement anglais revendique la prérogative de protéger ses membres et ce de très bonne heure. Ce pouvoir lui fut contesté par l'autorité royale. La lutte fut longue. Vers la fin du XVII^e siècle on trouve le principe de l'inviolabilité,

1. *Suprà*, p. 117

2. Cours sur le pouvoir législatif (Chavegrin 1894-95).

3. Cours de droit constitutionnel de M. Chavegrin, 1894-95.

définitivement respecté. Il a à cette époque une signification très étendue.

Chacune des deux Chambres se considère comme perpétuellement menacée par ses adversaires et surveille de très près les poursuites dirigées contre ses membres et qui respirent la vengeance.

Le Parlement voulut empêcher non-seulement les poursuites à fin pénale, mais encore les poursuites à fin civile, la contrainte par corps existant à cette époque. Il s'occupa de ce procédé et déclara que la contrainte par corps serait subordonnée à son consentement comme toute poursuite à fin pénale. On protégea également l'entourage et les biens du député ou du lord. La famille et les serviteurs des membres des deux Chambres devaient être garantis comme les membres eux-mêmes. Les biens des lords ou des députés échappaient à la saisie.

Ce fut la belle période du principe de l'inviolabilité appliqué largement. Une réaction eut lieu, et peu à peu l'on arriva à limiter les effets de l'immunité et de l'inviolabilité.

Une idée domine et reste intacte, c'est celle dont nous avons parlé, que l'autorité judiciaire, pas plus que le pouvoir exécutif, ne doit empêcher les membres des Chambres d'assister aux séances et d'y prendre part.

Le principe de la garantie politique peut donc se

formuler ainsi : mettre les membres des deux Chambres à l'abri d'atteintes matérielles qui les empêcheraient de se rendre aux séances.

Ce principe devait avoir des conséquences à plusieurs points de vue ; entre autres l'effet suivant : si, dans le nouveau droit politique de l'Angleterre, il est ainsi limité, la garantie doit se restreindre au temps des séances. Les lords et les députés ne doivent être protégés que quand ils siègent ; cette immunité est suspendue quand ils ne sont pas en session.

Quant aux autres états, aucun d'eux n'a passé par les mêmes phases. Les députés et les sénateurs n'ont pas revendiqué pour leurs serviteurs et leurs biens cette inviolabilité. Et c'était logique qu'il en soit ainsi, les autres pays ayant emprunté cette garantie à l'Angleterre vers la fin du XVIII^e siècle telle qu'elle était alors, c'est-à-dire très restreinte. Cependant, il ne faudrait pas croire que la conception de la garantie ait été simple et étroite. Il y a eu des conceptions variables, surtout en France. Jamais on n'est allé sans doute aussi loin qu'en Angleterre, mais on a cependant donné à ce principe certains développements. Le début partit de la Révolution. On voulut non seulement donner la possibilité matérielle de se rendre aux séances, mais encore sauvegarder les membres des Chambres contre des pro-

cédés d'intimidation et de vengeance. Ce caractère complexe se retrouve d'ailleurs même dans nos lois actuelles, et nous avons eu plus haut occasion de le signaler à propos de l'art. 14 de la loi du 16 juillet 1875, bien qu'à vrai dire la garantie politique n'ait réellement plus aujourd'hui qu'une seule raison d'être, « le désir de protéger la liberté matérielle des membres du Parlement, en leur permettant de se rendre aux séances ».

C'est le point de vue de la plupart des États constitutionnels, et c'est ainsi que s'expliquent les constitutions de Belgique, Italie, Prusse et Allemagne. A ce point de vue, il est deux ordres de questions à résoudre :

1^o Quelles sont les poursuites auxquelles s'applique la garantie politique?

2^o Quel est le temps pendant lequel cette garantie existe?

Sur la première question, puisque la garantie politique tend uniquement à permettre aux membres de la Chambre de se rendre à ses séances, on en conclura que la garantie est étrangère aux actions en justice qui n'entraînent aucune contrainte sur la personne.

Quant aux actions pénales, nous avons dit plus haut (1) que l'autorisation de la Chambre serait né-

1. Page 110 de cette étude.

cessaire, sauf de cas de flagrant délit, lorsque la poursuite procédant d'une infraction a pour objet l'application d'une sanction pénale. Mais en est-il ainsi, quelle que soit la peine encourue ?

1. Si l'on essaye de résoudre la question, en théorie pure, en dehors des textes, il n'y a pas d'hésitation possible pour les crimes et délits, et nous savons (1) qu'ils nécessitent l'autorisation de l'Assemblée.

Au contraire l'hésitation est possible pour les contraventions. Elles ont en effet un double aspect selon qu'on regarde le temps du procès ou le temps qui suit la décision rendue. Pendant le temps du procès le prévenu reste aussi libre que s'il était engagé dans un procès civil ; il n'est pas astreint à comparaître devant la juridiction des juges (art. 152) ; il a le droit de se faire représenter, et cette faculté ne dépend pas, comme précédemment, (2) du bon vouloir des juges ; c'est un droit pour lui.

Mais, le procès terminé, tout change d'aspect, car il peut y avoir des condamnations à l'emprisonnement ou à des amendes qui auront le même résultat indirectement, puisque la contrainte par corps est maintenue (3), s'il ne les exécute pas. En présence de ces deux aspects que revêt une poursuite pour

1. Constitution de 1875 sur la garantie parlementaire.

2. Page 124 délits ou crimes).

3. Loi de 1867.

contravention, on peut hésiter et se demander s'il faut l'autorisation ou non ; et on l'exigerait pour la période qui suit le jugement, non pour celle qui le précède, *pendente lite*.

Telles sont les conséquences auxquelles mène le raisonnement. Quelles sont les solutions des lois positives ? en matière de contraventions, il y a des constitutions qui exigent l'autorisation préalable de l'Assemblée (art. 45 de la constitution belge). On ne peut arrêter en matière de répression, c'est-à-dire en toute matière pénale, un membre du parlement sans l'autorisation de l'Assemblée.

Le principe s'applique non-seulement à l'arrestation, mais même aux poursuites.

En France, la constitution de 1875 a admis une théorie contraire : art. 14 : « seules les affaires criminelles et correctionnelles nécessitent l'autorisation. » Quelques auteurs cependant ont essayé de donner à l'art. 14 une traduction plus large et voudraient qu'il s'appliquât même aux affaires de simple police, mais la règle admise universellement est celle que nous avons citée : « les crimes et délits seuls bénéficient de l'immunité. »

VI. De tout ce qui a été dit, il faut conclure que le privilège est étroitement limité. Mais ces limites

1. Loi du 16 juillet 1875.

sont encore trop étendues. Quand on soupçonne un député ou un sénateur d'avoir commis un crime ou un délit, il serait faux de croire que la justice ne puisse faire les actes préparatoires qui la mèneront à la découverte de la vérité. Toute mesure qui laissera intacte la liberté physique sera possible sans autorisation ; c'est ainsi que les magistrats pourront faire, sans consulter le Parlement, une perquisition domiciliaire qui ne contraint nullement la personne. Il en sera de même des perquisitions hors du domicile du membre poursuivi, dans les locaux qu'il fréquente.

Il en est encore ainsi des actes d'instruction qui ne compromettent pas la liberté individuelle ;

Enfin, il peut arriver que, toutes les conditions étant réunies pour qu'il y ait lieu à accorder la garantie parlementaire, cette garantie soit cependant mise de côté. C'est le cas que nous avons envisagé au début de notre chapitre « immunités parlementaire » ; c'est-à-dire, le cas de flagrant délit.

La raison qui a guidé le législateur dans cette restriction c'est qu'il est inadmissible de supposer l'autorité judiciaire assistant les bras croisés à un méfait qui se commet ou vient de se commettre, ainsi que nous le disions plus haut (1). Si un assassinat est

commis par un député et qu'on le surprenne, personne ne comprendrait qu'on le laissât libre. Il y aurait scandale. Il serait difficile de supposer d'ailleurs une machination du gouvernement qui pour se débarrasser d'un membre dangereux pour lui, ferait naître un cas de flagrant délit.

Il y a donc à s'en tenir au texte, comme nous le disions (p. 119) ; le délit est flagrant, la garantie parlementaire n'existe plus.

Sans doute, au point de vue du § 2 de l'art. 41 (clameur publique, armes....) il y a eu des controverses, nous le répétons : on a enseigné que la définition donnée par ce paragraphe² n'est pas absolue et pour tous les cas, mais pour régler spécialement le départ d'attributions qui s'opère entre le juge d'instruction et le procureur de la république dans la période d'instruction préparatoire ; sans doute, la jurisprudence a admis que cette définition n'est plus obligatoire dans les cas autres que ces deux : « départ d'attributions, et application ou non de la loi du 20 mai 1863 ; néanmoins, une fois encore, il faut décider qu'on s'en tiendra aux textes et ce sera à l'autorité à user d'une grande réserve dans ses poursuites. »

2° En ce qui touche le temps pendant lequel dure la garantie politique parlementaire, il est bien évident qu'elle commence avec l'exercice des fonctions

et qu'elle s'éteint avec elles. Nous avons vu du reste de quelle façon elle se suspend ou se prolonge.

Cette matière du flagrant délit, on le voit, est fertile en exceptions et en discussions sur les sens à donner aux textes dans les cas spéciaux.

Malgré quelques divergences, malgré quelques opinions contraires, la vraie solution consiste à s'en tenir strictement aux textes, sans vouloir chercher des interprétations torturées, sous prétexte d'assimilations plus, ou moins rationnelles et à suivre rigoureusement, sans attacher une importance déplacée aux travaux préparatoires, la lettre de la loi et l'esprit réel que lui a donné le législateur.

POSITIONS

Droit romain.

- I. Le *demens* peut avoir des intervalles lucides.
- II. Le *demens* est atteint d'une folie moindre que celle du *furiosus*.
- III. Le fils peut être curateur de son père aliéné.
- IV. La folie du père n'est pas un obstacle à l'émancipation ou à la dation en adoption de son fils.

Droit criminel.

- I. En cas de flagrant délit, le juge d'instruction, après l'interrogatoire, pourra mettre le prévenu en liberté, s'il ne trouve pas de présomptions suffisantes de culpabilité.
- II. Le droit pour le juge d'instruction de se saisir d'office, n'existe qu'au cas de flagrant délit.
- III. Le Préfet a le droit de procéder à des constatations, perquisitions et saisies, mais il ne peut pas citer directement l'inculpé devant les tribunaux, ou

rendre, après instruction, une ordonnance de renvoi devant une juridiction quelconque.

IV. La loi de 1863 n'est pas applicable à l'adultère.

Droit civil.

I. La séparation des patrimoines est un véritable privilège.

II. En cas de revente volontaire, de tradition d'un effet mobilier non payé, le privilège du premier vendeur n'est pas transporté sur le prix encore dû.

III. Les actes faits par un mineur, lorsqu'ils ne sont pas soumis à des formes particulières, ne sont rescindables que pour cause de lésion.

IV. Dans le cas de l'art. 1419, il faut admettre que la communauté est directement obligée par la femme, et que le mari n'est obligé que par voie de conséquence.

Droit administratif.

I. Les ministres sont juges ordinaires et de droit commun du contentieux administratif au premier degré.

Histoire du droit.

I. L'impôt foncier établi par les Romains subsista en Gaule, sous les rois de la première race, mais changea en partie de nature,

VU : *Le Président de la thèse,*

A. ESMEIN.

VU : *Le Doyen de la Faculté,*
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE.

	pages.
Du flagrant délit	1
Définition	3
Dans quel cas y a-t-il flag. délit ?	5
Officiers de police judiciaire, leurs actes	18
Cessation de leurs pouvoirs	38
Du juge d'instruction.	45
Des préfets et du préfet de police.	53

DEUXIÈME PARTIE.

Loi de 1863 (20 mai).	59
De l'adultère	91
Immunités parlementaires.	120

